دكتور
محيي الدين إسماعيل علم الدين
محام بالنقض - أستاذ جامعي
عضو محكمة التحكيم العليا الدائمة
بغرفة التجارة الدولية سابقاً

العقود المدنية الصغيرة
في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية

يشمل: الهبة - الصلح - القرض - الدخل الدائم
الوديعة - الحراسة - الوكالة - ووكالة المحامى
المرتب مدى الحياة - عقود المقامرة والرهان
الكفالة

الطبعة الثانية

يطلب من
دار النهضة العربية
عالم الكتب - دار حراء

العقود المدنية الصغيرة
في القانون المدني والشريعة الإسلامية
والقوانين العربية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـة

أن للإرادة طبقا لمبدأ سلطان الإرادة أن تنشيء ما تشاء من العقود ولو كان القانون يجهلها ولم يتوقعها . والعقود المدنية نوعان : نوع تحدث عنه القانون ونظم أحكامه وعرف بإسم العقود المسماه . ونوع لم يتناوله القانون لأنه لم يكن معروفا وقت وضعه أو كان معروفا ولكن أهميته محدودة . ويعرف هذا النوع بالعقود غير المسماة ومن أمثلته التى اشتهرت وأصبحت فى حاجة إلى تدخل تشريعى لتنظيمها : عقد النشر .

والعقود المسماه تنقسم بدورها بحسب أهميتها العملية إلى عقود مدنية كبيرة وعقود مدنية صغيرة . وقد كانت العقود الكبيرة تضم ـ دراسيا ـ البيع والايجار . ثم برزت أهمية عقود آخرى وأصبحت على جانب كبير من الأهمية ، أى صارت عقودا كبيرة ، ومن ذلك عقد العمل بل أنه استقل الآن عن القانون المدنى تحت عنوان التشريعات الاجتماعية ويشمل ذلك التأمينات الاجتماعية على العمال . ومن ذلك ايضا عقد الشركة ، بل ان دراسته تلحق عادة بالنظرية العامة فى القانون التجارى لتعلق نشاط الشركات فى الغالب بأنشطة تجارية . ومن ذلك أيضا عقد التأمين وعقد المقاولة فقد اصبحا من العقود الكبيرة التى لا تقل فى أهميتها عن الأمثلة السابقة .

ونحن فى هذه الدراسة نقتصر على العقود المدنية الصغيرة التى تناولها التقنين المدنى وهى :

أولا : العقود الواردة على الملكية : فنهتم بالهبة والصلح والقرض والدخل الدائم ونترك البيع والشركة لإنها من العقود الكبيرة التى تحتاج إلى مؤلف خاص لكل منها ، كما نترك المقايضة لأن معظم أحكام البيع تنطبق عليها ، وتلحق عادة بمؤلفات عقد البيع .

ثانيا : العقود الواردة على الانتفاع : وتشمل الايجار وعارية الاستعمال ، ونتناول الثانى دون الأول الذى يحتاج لمؤلف خاص لكونه من العقود الكبيرة .

ثالثا : العقود الواردة على العمل : وتشمل الوديعة والحراسة والوكالة ، ونترك عقدى العمل والمقاولة حيث يضيق عنهما مؤلف فى مثل هذا الحجم . ونظرا لتشعب موضوع الحراسة القضائية وحاجته إلى مؤلف خاص فإننا نقتصر هنا على الحراسة الإتفاقية .

رابعا : التأمينات الشخصية : ونتحدث فيها عن عقد الكفالة . ورغم أن الدراسات عن الكفالة تلحق عادة بالرهون والإمتيازات ، وتعنون : التأمينات الشخصية والعينية ، إلا أننا نعالجها مع العقود المدنية الصغيرة لأن التأمينات العينية عالجناها فى مؤلف مستقل .

خامسا : عقود الغرر : ونهتم فيها بالمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة ، أما التأمين فهو من العقود التى لابد أن تستأثر بمؤلف مستقل .

أما العقود غير المسماة فقد تكون صورة مستحدثة فى الحياة العملية فتستمد احكامها من النظرية العامة للإلتزامات وخاصة نظرية العقد ، أو من العرف . وقد تكون خليطا من عقود معروفة امتزجت واصبحت عقدا جديدا غير مسمى مثل عقد النزول فى الفندق فهو يتكون من إمتزاج عقود عديدة . فصاحب الفندق إذ يقدم للنزيل غرفة يبرم عقد إيجار ، وحين يقدم له طعاما ، ومشروبات يبرم عقد بيع ، وحين يتلقى امتعته لحفظها يبرم عقد وديعة ، وحين يقوم بغسل ثيابه وكيها يبرم عقد مقاولة ، وحين يقوم بتحصيل الشيكات الصادرة لأمره يبرم عقد وكالة ، ومثل هذا العقد تطبق عليه أحكام العقود التى دخلت فى تكوينه ، وإذا تعارضت تعين اعتبار أحد هذه العقود هو العقد الرئيسى فتطبق احكامه وحده . أما العقود المسماة فتخضع للنصوص الخاصة بها فإذا لم يوجد نص رجعنا إلى القواعد العامة فى الإلتزامات . فإن لم نجد حكما وهو فرض بعيد الحصول رجعنا إلى العرف (١) .

وتكييف العقد المسمى وإعطائه اسما دون آخر هو جزء من عمل القاضى ، فإذا وصف الاطراف العقد بأنه مقاولة مع انه عقد عمل أو بأنه عقد وديعة مع انه عقد قرض ، فإن على القاضى الا يتقيد بتسمية الاطراف

---

(١) عبدالعزيز عامر: عقد البيع ـ القاهرة ١٩٦٧ ـ فقرة ٥ ـ ص ٤.

بل ينبغى عليه أن يعطى التكييف الصحيح ، وهذه مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض .

وبهذه المناسبة يجب ان نفرق جيدا بين هذه الحالة (حالة التكييف غير الصحيح) وبين حالة الصورية . فعقد الهبة المستتر فى صورة عقد البيع ليس خطأ فى التكييف لأن الاطراف يعرفون معنى كل من العقدين ، ويقصدان اخفاء حقيقة عقدهما تحت ستار عقد آخر . فهناك اذن علاقة حقيقية مختفية تسترها علاقة ظاهرة كالبيع يستر الهبة . أما فى حالة التكييف غير الصحيح فالعلاقة الحقيقية ليست مختفية بل ظاهرة ، ولكن الاطراف أخطأوا فأطلقوا على العقد أسما غير أسمه الحقيقى ، فيصحح القاضى فهمهم الخاطىء ويعطيه التكييف الصحيح . أما فى حالة الصورية فلا يتدخل القاضى بأعطاء العقد الظاهر تكييفا آخر وإنما على من يهمه العقد الحقيقى من الطرفين ان يتمسك به على أساس انه العقد الذى أراده الطرفان ، وعلى صاحب المصلحة من الغير أن يتمسك بالعقد الظاهر ، أو المستتر أيهما أنسب لمصالحه . لذلك فإن المسألة فى الصورية مسألة واقع لامسألة قانون . وبالتالى لايجوز التحدى لأول مرة امام محكمة النقض بالصورية لأنها من الوقائع التى يجب طرحها على محكمة الموضوع وهذه المحكمة تستقل بالسلطة فى تقديرها (١) .

وقد قضت محكمة النقض فى ١٩٣٩/٦/٨ (طعن ٧٩ س ٨ ق) بأن :

" لمحكمة النقض ان تراقب تكييف محكمة الموضوع للعقود . فإذا وصفت المحكمة عقدا بأنه وصية معتمدة على ما جاء فيه من أن البائع قد سامح المشترين فى باقى الثمن واشترط عليهم الا يتصرفوا فى المبيع ما دام حيا . دون ان تعنى بما يتمسك به المتصرف إليه من ان البائع صدر منه بعقد اقرار ملغ لهذا الشرط ومطلق له حرية التصرف فى الأرض المبيعة مع ما لهذا الأقرار الذى لم ينازع لا فى حجيته ولا فى دلالته من اثر حاسم فى تكييف العقد كان لمحكمة النقض أن تعطى العقد وصفه الصحيح وتعتبره عقد تمليك منجز يستوى فى ذلك ان يكون فى الواقع هبة افرغت فى صورة عقد بيع أو عقد بيع حقيقى " (٢) .

---

(١) سمير تناغو : عقد البيع ـ الاسكندرية ١٩٧٣ ـ ص ١٢ ـ ١٤ .

(٢) الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية (عبد المنعم حسنى) ـ جـ ١٠ ـ ص ٧٠٩ .

ولمقارنة أحكام القانون المدنى بالفقه الاسلامى فقد أشرنا إلى العديد من المصادر الاسلامية للمذاهب السنية من أهمها : فى المذهب الحنفى : ابن نجيم : الاشباه والنظائر ، وعبدالله بن محمد الحموى فى تعليقه على ابن نجيم ، والدر المختار ورد المحتار وهو حاشية ابن عابدين ، ومجلة الاحكام العدلية ، ومرشد الحيران لقدرى باشا . وفى مذهب الامام مالك : الزرقانى شرح على مختصر خليل بن اسحاق والمختصر ذاته ، وابن عاصم فى تحفة الحكام ، والبهجة فى شرح التحفة وبه شرح للتسولى والتاودى ، وابن فرحون فى تبصرة الحكام فى اصول الاقضية ومناهج الأحكام ، وابن سلمون فى العقد المنظم للحكام ، كما اشرنا إلى مشروع مجلس الشعب المصرى للقانون المدنى الاسلامى ، فى بعض المواضع .

خطة البحث :

على ضوء ما تقدم سنقسم العقود المدنية الصغيرة على الأقسام والأبواب التالية :

القسم الأول : العقود التى ترد على الملكية .

الباب الأول : عقد الهبة .

الباب الثانى : عقد الصلح .

الباب الثالث : عقد القرض والدخل الدائم .

القسم الثانى : العقود التى ترد على المنفعه .

باب وحيد : عقد عارية الاستعمال .

القسم الثالث : العقود التى ترد على العمل .

الباب الأول : عقد الوديعه .

الباب الثانى : عقد الحراسة الاتفاقيه .

الباب الثالث : عقد الوكالة .

القسم الرابع : عقود التأمين الشخصى .

باب وحيد : عقد الكفالة .

القسم الخامس : عقود الغرر .

الباب الأول : المرتب مدى الحياة .

الباب الثانى : عقود المقامرة والرهان .

الجزء الأول

~~القســـم الأول~~

العقود التى تـــرد على الملكيــة

الهبـــة - الصلح - القرض - الدخل الدائم

الباب الأول

عقد الهبة

الهبة تستنهض فى الطبيعة البشرية كوامن عالية الشأن مثل الكرم والجود والدوافع النبيلة نحو الاسرة والاقارب والاصدقاء ونحو الأعمال الخيرية وخدمة المبادىء السامية . وتعرفها المادة ٤٨٦ من القانون المدنى بأن :

" ١ - الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض " .

" ٢ - ويجوز للواهب دون ان يتجرد عن نية التبرع ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " .

وترتكز الهبة على أربعة أسس أو مقومات هى :

١ - **انها عقد يتم بين الاحياء :** فهى عقد كامل من ايجاب وقبول خلافا للوصية وهى تصرف بإرادة الموصى المنفردة ولا تنفذ ولا تنتج اثرها الا بعد وفاته ، وهى تصرف يجوز الرجوع فيه . أما الهبة فلا يجوز فيها الرجوع إلا فى حالات معينة ، كذلك لا يعرف القانون المصرى الهبة لما بعد الموت أى التى يرجأ فيها انتقال الملكية لما بعد الوفاة ، كما كان الحال فى القانون الرومانى قديما (١) . ومع ذلك يمكن تخريجها طبقا للقواعد العامة على أنها هبة مضافة إلى أجل غير محدد ، ومن ثم تختلط بالوصية .

٢ - ان الهبة نوع من عقود التبرع ينصب على مال للواهب : فعقود التبرع تشمل طائفتين من العقود : عقود محل الإلتزام فيها عمل أو امتناع عن عمل دون مقابل ، مثل العارية والوديعة والوكالة والكفالة ، فهذه العقود تبرعات طالما أنها تتم بلا أجر . وعقود محل الإلتزام فيها إعطاء شىء دون مقابل ، وهذه هى الهبة وتشبهها فى هذا الوصية . وتنصب الهبة على عقار أو منقول

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد ـــ جـ ٤ ـــ ص ٢٤٤ ؛ السنهورى : الوسيط : جـ ٥ ـ فقرة ٢ ـ ص ٨ .

أو على حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية مثل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق .

ويجب ان يتحقق فى الهبة افتقار للواهب واثراء للموهوب له . وعلى ذلك فإن المستفيد فى اشتراط لمصلحة الغير إذا رفض الحق الناشىء له من الاشتراط دون مقابل فإنه لا يكون واهبا للمشترط أو المتعهد وإن كان متبرعا بهذا الحق ، وكذا الابراء من الدين ورفض الموهوب له الهبة حيث انه لم يتحقق هنا افتقار فى ذمته وإن كان ثمة امتناع عن الاثراء (١) . ولذلك يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير والابراء من الدين هبة غير مباشرة .

٣ – **انتفاء العوض** : الأصل فى الهبة أن تكون بلا مقابل لأنه يتحقق فيها افتقار له سبب هو عقد الهبة ، وإثراء للموهوب له قائم على سبب أيضا .

وتظل الهبة دون عوض ولو كانت من الهبات المتبادلة التى تقدم فى المناسبات كأعياد الميلاد والزواج وما إلى ذلك . وقد قضت محكمة الصف الجزئية بأن النقوط الذى يقدم فى الافراح هبة تتم بالقبض وليس للواهب استردادها ويردها الموهوب له بمثلها أو أقل أو أكثر منها فى ظروف كالظروف التى اخذها فيها ، وهذا يكون بالتراضى لا بحكم القاضى (٢) .

ويبقى العقد هبة مع ذلك حتى عندما يتحمل الموهوب له بالتزام لمصلحة الواهب أو مصلحة نفسه أو للمصلحة العامة أو للغير . ويكون هذا الإلتزام أقل قيمة من الشىء الموهوب ، أما إذا كان مساويا له فى القيمة فإن العقد يصبح معاوضة ، ولا يجوز ان يكون العوض فى الهبة اكثر من قيمة الشىء الموهوب

---

(١) الاعمال التحضرية: جـ ٤ ـ ص٢٤٤ ؛ السنهورى : الوسيط ـ جـ ٥ ـ ص١١.
(٢) السنهورى : الوسيط ـ جـ ٥ ـ ص ١٢ هامش ٢ .
والهبة فى الشريعة الاسلامية تشمل هبة الدين ممن هو عليه وتشمل الصدقة والهدية كما تشمل : النحلة والعرية (هبة الثمرة) ، والمنحة (هبة لبن الشاة) والاسكان (هبة منافع الدار مدة من الزمان) والرقبى والعمرى (تمليك المنفعة مدة عمر انسان) والارفاق (اعطاء منافع العقار للجار) والعاريه (تمليك منافع الدابة ونحوها بغير عوض) والاخدام (اعطاء منفعة خادم غلاما أو جاريه) والصلة (عطية للاقارب) والحباء (ما يعطيه الزوج لولى الزوجة عند العقد أو قبله) وهى كلها تفتقر إلى الحوز أى بالتعبير العصرى عقود عينية (التسولى : البهجة فى شرح التحفه ـ جـ ٢ ـ ص ٢٤٠) .

لأن الوضع ينقلب ويصبح الملتزم بالعوض هو الواهب أو المتبرع فى الحقيقة ولكن المادة ٤٩٨ مدنى قضت بألا يلتزم الموهوب له من هذا العوض الا بقدر قيمة الشيء الموهوب .

وتقضى المادة ٥/٤٩٩ مدنى بأنه : "إذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمه شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك " .

٤ – ان الهبة تقوم على نية التبرع : بمعنى ان يقصد الواهب التبرع ، فمن يوفى بالتزام طبيعى ليس متبرعا وإنما يوفى دينا عليه فيعتبر عمله وفاء وليس وهبه . ومن هذه الإلتزامات الطبيعية تجهيز الاب لابنته عند زواجها ، أو اعطاؤه لابنه قيمة المهر فى الزواج . فهذه التصرفات وفاء لا هبة ومن ثم لاتتم بورقة رسمية ولا يجوز الرجوع فيها فى الاحوال التى يجوز فيها ذلك فى الهبة . وهناك ما يسميه الفقه عطايا المكافأة dons remunératoires تقدم جزاء لجميل أو خدمة وهى تعتبر ايضا من قبيل الإلتزامات الطبيعية . والبقشيش الذى يمنح لعامل فى مطعم أو فندق هو جزء من الأجر نشأ الإلتزام به من العرف الجارى ولكنه ايضا من الالتزامات الطبيعية .

وقد تصب الهبة فى صورة عقد بيع به ثمن صورى لن يدفعه الموهوب له. فالعقد عندئذ هبة من حيث الموضوع ولا يتطلب الرسمية .

وتطلق الهبة فى الشريعة بالمعنى الاخص على ما لا يقصد به بدل ، ولذا عرفها البعض بأنها تمليك متمول بغير عوض ولذلك لا يعتبر هبة تمليك ما ليس بمال مثل تمليك الانكاح أو الطلاق او هبة خمر أو ميته . وإذا اباح شخص لآخر الانتفاع بماله فهذه عارية وليست هبة . وإذا كان التمليك مضافا لما بعد الموت كان وصية لا هبة . ويدل على مشروعية الهبة فى الاسلام وكونها مندوبة ما رواه ابو هريرة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : " **لو دعيت إلى كراع أو ذراع لأجبت ولو اهدى إلى ذراع او كراع لقبلته** " رواه البخارى . والكراع هو ما دون الكعب من الدابة وخص الكراع والذراع بالذكر ليجمع ما بين الحقير والخطير لأن الذراع كانت احب إليه من غيرها والكراع لا قيمة له . وفى المثل : " اعط العبد كراعا يطلب ذراعا " أى انك لو اعطيته القليل لما

كفاه بل يطمع فى الكثير . وروى الامام مالك فى الموطأ عن عطاء الخراسانى رفعه : " تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء " . ووردت احاديث تنهى عن رفض الهدية (إلا إذا كانت رشوة فى الحقيقة) واعتبره العلماء مكروها لأن فى ذلك جلبا للوحشة وتنافر الخواطر . وقد روى الامام احمد عن خالد بن عدى ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : " **من جاءه من اخيه معروف من غير اشراف (أى تطلع) ولا مسألة فليقبله ولا يرده فإنما هو رزق ساقه الله إليه** " .

وفى هذا دلالة على كون الأشياء الواصلة إلى العباد على أيدى بعضهم هى من الأرزاق الإلهية لمن وصلت إليه ، وإنما جعلها الله جارية على أيدى العباد لاثابة من جعلها على يده . وعن عائشه قالت قلت : " **يا رسول الله ان لى جارين فإلى ايهما اهدى ؟ قال " إلى اقربهما منك بابا** " . وقد قبل رسول الله هدية الكفار مثل كسرى وقيصر والمقوقس كما اهدى إلى الكفار بعض الهبات . وتتفق احكام الهبة مع الصدقة بصفة عامة ، إلا فيما يلى : ان الهبة تمنح للاصدقاء والاقارب ومن هو أعلى مكانة أما الصدقة فتمنح للمحتاج ، وان الهبة تعتصر دون الصدقة (أى يجوز الرجوع فيها احيانا) وان الهبة يجوز للواهب شراؤها وقبولها بهبة أما الصدقة فيكره فيها ذلك ، وتندب المكافأة على الهدية فقد روى البخارى واحمد وابوداود والترمذى عن عائشة قالت كان رسول الله يقبل الهبة ويثيب عليها . ويسن للمهدى إليه ان يثنى على المهدى ويشكره للحديث الذى رواه احمد والترمذى بأسناد صحيح عن ابى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " **من لم يشكر الناس لم يشكر الله** " .

وأقل رد على الهدية مثلها أو مايساويها . والناس فى الهدية ثلاث طبقات : هبة الرجل من دونه ونحوه وهى اكرام له والطاف وذلك غير مقتض ثوابا ، وهبة الصغير للكبير سنا أو مقاما : وهى طلب رفد ومنفعه والثواب فيها واجب ، وهبة النظير لنظيره والغالب فيها معنى التودد والتقرب وقيل ان فيها ثوابا أما إذا وهب واشترط فيها الثواب من الموهوب له فهو لازم . ويكره للأب والأم أن يعطيا بعض الأولاد اكثر من بعض لأنه يزرع العداوة بينهم ، وقد روى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : " **سووا بين اولادكم فى العطية ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء** " اخرجه الطبرانى والبيهقى وسعيد بن منصور وقال ابن حجر : اسناده حسن . ويجيز الامام احمد التفضيل فى

حالات معينة مثل كون احدهم فى حاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغال بالعلم فيعطيه اكثر ، أو كون احدهم يستعين بما يأخذه على المعصيه أو الحرام فيحرمه أو يقلل من عطيته له . أما لغير ذلك فلا يجوز ايثار البعض على البعض الآخر .

والمادة ٤٨٦ مدنى مصرى سالفة الذكر تتفق مع المادة ٤٥٩ من مشروع مجلس الشعب المصرى للتقنين المدنى الاسلامى ومع المادة ٥٥٧ مدنى أردنى والمادة ٥٢٤ مدنى كويتى والمادة ٨٣٣ من المجلة والمادة ٧٧ من مرشد الحيران (١) .

ولدراسة عقد الهبة يجب ان نتناول فى فصول متعاقبة : أركان الهبة وآثارها والرجوع فيها .

---

(١) وانظر : ابن عابدين ٤ ـ ٥٣٠ والشرح الصغير وحاشيته ٢ ـ ٣٤٢ والشرح الكبير وحاشيته ٤ ـ ٨٧ و ٩٠ .

الفصل الأول

أركان الهبة

سنتناول فى اركان الهبة التراضى والمحل والسبب ونضيف الركن الشكلى وهو الرسميه أو العينية ، ونقدم كلا من هذه الاركان فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

إنعقاد الهبة

تتم الهبة بعقد يبدأ بإيجاب من الواهب عادة يوافقه ويطابقه قبول من الموهوب له (١) . ولا يوجد ما يمنع ان يصدر الإيجاب من الموهوب له والقبول من الواهب على ان يتحقق التطابق بينهما ، وهذا التطابق جدير بالتشدد فى تحريه لخطورة عقد الهبة (٢) .

وتنص المادة ٤٨٧ / ١ مدنى على أن :
" لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه " .

وقبول الموهوب له قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ومن القبول الضمنى قبض الهبة فعلا فى المنقول. وقد جعل القانون قبول الموهوب له ضروريا لكون الهبة تعتبر معروفا يأسر الموهوب له وقد تكون من غريم لا يقبل منه هبة أو قد تمس بمكانته الادبية لذلك كان قبوله الصريح أو الضمنى مشترطا. ولكن على عكس ذلك إستحسن أبو حنيفة والصاحبين عدم إعتبار القبول ركنا

---

(١) ونية الهبة لا تفترض . فمن يودع مبلغا من حساب شخص آخر لدى البنك لا يدل على صدور إيجاب بالهبة ولو كان هو مورث هذا الشخص . وفعل الايداع ليس من شأنه بمجرده ان يفيدها إذ هو يحمل احتمالات مختلفة لا يرجح احدها الا بمرجح (الموسوعة الذهبية-عبد المنعم حسنى : جـ ١٠ ص ٧١٠)

(٢) السنهورى : الوسيط ـ جـ ٥ ـ فقرة ٥ .

فى الهبة إذ يلزم وجوده ليثبت حكمها وهو نقل الملك لا لكى توجد الهبـة ، ورأى زفر الأخذ بالقياس فقال إنها لا تتم الا بالقبول لكونها من التمليكات كالبيع . أما فى القانون الفرنسى فيشترط أن يكون القبول صريحا.

وإذا كانت الهبة بغير عوض فإن السكوت يكفى قبولا لأن الإيجاب يتمحض لمنفعة الموجب اليه طبقا للمادة ٨٩ مدنى ، أما إذا كانت بعوض فلا يكفى السكوت إلا إذا كانت الظروف تدل على أن الواهب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ولم يرفض الموهوب له الهبة فى وقت مناسب (١).

وإذا أوجب المتبرع الإعطاء إعارة ، فقبله الموجب اليه على انه هبة لم تنعقد الإعارة ولا الهبة، ولا تنطبق نظرية تحول العقد على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين كانت تتجه الى الإعارة لو تبين بطلان الهبة او العكس ، لأن تحول العقد يرد على عقد واحد تم توافق الإرادتين عليه ثم تبين بطلانه ، ولكن الحال هنا انه لم تتوافق الارادتان على اى منهما ثم إن نية الهبة لاتفترض .

وإذا كان إيجاب الواهب ملزما فإنه يلتزم بالبقاء عليه، أما إذا كان غير ملزم فيجوز له الرجوع فيه قبل أن يصل الى علمه قبول الموهوب له، ويمكن إعتبار هذا القبول المتأخر إيجابا جديدا. وإذا توفى الواهب أو إنقلب ناقص الأهلية قبل أن يتصل الإيجاب الملزم بعلم الموهوب له فإن هذا لايمنع من إنعقاد العقد إذا صدر القبول ويلتزم به الورثة. أما إذا كان الإيجاب غير ملزم فإن القبول لا ينعقد به العقد لانه لن يتصل بعلم الواهب بعد وفاته أو فقد أهليته . أما إذا كان الذى توفى أو فقد الأهلية هو الموجب إليه وذلك قبل إصداره القبول فانه لايمكن ان يصدر القبول او يتم العقد ولا يحل محله الورثة فى القبول. فإذا كان القبول قد صدر ثم توفى القابل قبل إتصاله بعلم الموجب فإن الهبة تتم .

ويمكن أن تتم الهبة بقبول نائب عن الموهوب له، سواء كان نائبا قانونيا كالولى والوصى والقيم أو نائبا إتفاقيا كالوكيل ، ويلاحظ أن الوكالة هنا لايشترط فيها توافر الشكل الواجب فى الهبة ولكن يخصص فيها المال الذى سيجرى قبوله . أما إذا كان الوكيل وكيلا عن الموجب فيشترط فى وكالته نفس الشكل

---

(١) السنهورى : ج٥ – فقرة ١٧– ص ٢٩– ٣٠.

المشترط فى الهبة كما يجب تخصيص المال الموهوب تطبيقا للمادة ٧٠٢ مدنى.

ولا ينوب دائنو الموهوب له عنه فى قبول الهبة لانها تقوم على إعتبارات أدبية يستقل هو عنهم بتقديرها من وجهة نظره. فإذا رفض الهبة لم يجز لهم الطعن بالدعوى البوليصية لانه لم يؤد الى إفتقار فى شىء من ذمته بل هو مجرد إمتناع عن الإثراء (١) .

وإشتراط القبول فى غير المذهب الحنفى موجود فالهبة لا تملك بمجرد الإهداء بل لابد من القبول وهذا رأى مالك والشافعى وإذا مات الموهوب له قبل وصول الهدية اليه فقد تمسك أحمد وإسحاق بحديث أم كلثوم : إن كان حاملها رسول المهدى رجعت الى المهدى وإن كان حاملها رسول المهدى إليه فهى لورثته (٢) . وقد كان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم إهدى إلى النجاشى حلة وأواقى من مسك ثم قال لأم سلمة:

" لا أرى النجاشى الا قد مات ولا أرى هديتى إلا مردوده فإن ردت فهى لك ". قالت أم كلثوم (راوية الحديث) : " وكان كما قال رسول الله وردت عليه هديته فإعطى كل إمرأة من نسائه اوقية مسك واعطى أم سلمة بقية المسك والحلة " وبهذا الحديث يستدل على كون الهدية لاتملك بمجرد الإهداء . والجمهور على أن الهدية لا تنتقل الى المهدى اليه الا بأن يقبضها هو او وكيله (٣) .

أهلية الواهب :

يجب أن تتوافر فى الواهب أهلية التبرع، ولا تكفى فيه أهلية التصرف، لأن الهبة من الأعمال الضارة ضررا محضا . وبناء على ذلك فإن الصبى غير

---

(١) السنهورى : ج ٥ - فقرة ٢١- ص ٣٤- ٣٦.

(٢) وفى العصر الحاضر إذا كانت مرسلة بالبريد أو وسائل النقل فإنها تبقى على ملك المرسل يستردها أو يوجهها وجهة أخرى اثناء الطريق ، ولايزول حقه فى ذلك إلا عند تسليمها للمرسل إليه .

(٣) الشوكانى: نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار من حديث سيد الأخيار- الطبعة المنيرية - ج ٦ - ص ١٠١-١٠٢ .

المميز والمجنون والمعتوه لاتجوز الهبة منهم إذ تكون باطلة ولا تجدى الإجازة فى تصحيحها.

وتكون الهبة أيضا باطلة إذا صدرت من صبى مميز إذ ليست له أهلية التبرع كلية ولكن له أهلية التعاقد وأهلية التصرف فى الحدود التى نص عليها القانون . والهبة الباطلة هنا لاترد عليها الإجازة ولو شارك الولى او الوصى فى إبرامها أو أذنت فيها المحكمة . وكذلك الحال بالنسبة للسفيه وذى الغفلة اللذين تم الحجر عليهما إذ ليست لهما أهلية التبرع إلا بالنسبة الى الوقف والوصية إذا أذنت فيهما المحكمة وليس لهما الهبة ولو بإذن القيم أو المحكمة . ومع ذلك فإن المادة ٥ والمادة ٣٨ من قانون الولاية على المال تسمحان للولى او الوصى بإذن من المحكمة أن يتبرعا من مال القاصر آداء لواجب إنسانى أو عائلى ، وإذا كان المال قد آل للقاصر تبرعا من أبيه صريحا كان التبرع او مستترا فلا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال(المادة ١٣ من قانون الولاية على المال) .

أما السفيه وذو الغفلة اللذان لم يتم بعد الحجر عليهما فالأصل أن هباتهما صحيحة الا إذا كانت نتيجة إستغلال أو تواطؤ مع الغير فتكون الهبة عندئذ باطلة طبقا للمادة ٢/١١٥ مدنى.

وللبالغ الرشيد الذى ليس به عارض من عوارض الأهلية أن يهب ما يشاء من ماله ولا يتقيد بالثلث كما فى الوصية ، ولكن إذا وهب وهو فى مرض الموت إعتبرت وصية فلا تنفذ الا فى حدود الثلث سواء لوارث أو غير وارث .

ولا قيود على حق المرأة المسلمة فى التصرف بالهبة فى أموالها دون إذن الزوج. وإذا كان الشخص بالغا رشيدا ولكن كان ذا عاهتين وعين له مساعد قضائى فإن الهبة منه تكون قابلة للإبطال لمصلحته إذا تمت بدون معاونة المساعد (المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال). وقد قضت محكمة النقض فى ١٩٥٦/٣/٢٢ بأنه متى كان الحكم قد إنتهى لاسباب سائغة إلى أن حالة المورثة لم تكن تسمح أن تاتى او تعقل أى تصرف فإن اجازتها الهبات والقروض الصادرة من وكيل لا تكون قد صدرت منها عن رضاء صحيح

ويتحمل المسئولية عنها من كان يتولى إدارة أموالها والتصرف فيها فإنه لامخالفة في ذلك للقانون (١).

أهلية الموهوب له :

يجيز الإمام مالك الهبة للجنين والمعدوم ويوقف المال الموهوب فإن ولد ميتا كان المال للواهب وإن ولد حيا وعاش كان المال للموهوب له، وإن مات بعد الولادة حيا كان المال لورثته. بينما ترى مذاهب أخرى أن الهبة للجنين باطلة إذ يتعذر وجود القبول منه وليس له ولى يقبل عنه (٢).

أما إذا كان الموهوب له صبيا غير مميز أو مجنونا او معتوها فليس له أن يقبل الهبة وإنما يقبلها الولى أو الوصى أو القيم على حسب الأحوال ويقبضها بدلا منه (٣) دون إذن من المحكمة. وذلك لقول المادة ٤٨٧ مدنى :

"١- لاتتم الهبة الا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه.
"٢- فإذا كان الواهب هو ولى الموهوب له او وصيه ناب عنه فى قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب ".

ومعنى هذا أن الواهب الولى أو الوصى يتعاقد مع نفسه على الهبة لمصلحة القاصر.

وإذا كانت الهبة بعوض او مقترنة بشرط أو محملة بإلتزام على الموهوب له فليس للولى قبولها عن الصغير الا إذا أذنت المحكمة، ولا يجوز له أيضا رفضها الا بإذن المحكمة(المادتان ١٢، ٣٩ ولاية على المال). وقد يشترط المتبرع أن يكون المال المتبرع به بمنأى عن ولاية الولى، عندئذ تعين المحكمة وصيا خاصا لهذه المهمة ، الا إذا كان المتبرع قد عين وصيا مختارا فيعرض امر تثبيته على المحكمة (المواد ٣و ٣١ و ٢٨ من قانون الولاية على المال).

---

(١) الموسوعة الذهبية : عبد المنعم حسنى ج ١٠- ص ٧١٣ - ٧١٤.
(٢) السنهورى: الوسيط - ج ٥- فقرة ٦٥.
(٣) محمد على عرفة: التعليق على نصوص التقنين المدنى الجديد - ص ٣٠٠.

وإذا كان الموهوب له صبيا مميزا كان قبول الهبة منه وقبضها صحيحا دون حاجة الى إذن من الولى أو المحكمة ، لأنه يقوم بعمل من الأعمال النافعة نفعا محضا. وكذلك الشأن بالنسبة الى السفيه وذى الغفلة. ولكن إذا كانت الهبة بعوض او إقترنت بشرط أو حملت الموهوب له بالتزام فلا يجوز قبول الموهوب له ناقص الأهلية الا بإذن المحكمة ويتولى الولى او الوصى او القيم القبول وقبض الهبة عن ناقص الأهلية.

وقضت محكمة النقض بأن الحكم يكون معيبا بالقصور إذ حكم بإبطال هبة قبلها الواهب نيابة عن إبنه بصفته وليا مع أن الإبن رشيد وإغفل ما تمسك به الموهوب له من أن عقد الهبة نفذواستلم الشىء الموهوب وإنتفع به برضاء الورثة وطلب إحالة الدعوى للتحقيق لاثبات ذلك (١) .

عيوب الرضا :

إذا وقع غلط فى عقد الهبة كان قابلا للإبطال، وتنطبق أحكام الغلط بأنواعه على التفصيل المعروف فى القواعد العامة للإلتزامات. وقد يكون الغالط هو الواهب ، وهذا هو الغالب وقد يكون الموهوب له هو الغالط خاصة فى الهبة بعوض او مع تحمل التزام. ويشترط فى الغلط ان يكون جوهريا ولكن معيار الغلط الجوهرى فى الهبة أخف من معياره فى البيع(٢). وقد يكون الغلط الجوهرى فى الشىء الموهوب كأن يهب ارضا زراعية يظن انها رخيصة فإذا بها من أراضى البناء الغالية الثمن، أو غلطا فى قيمة الشىء الموهوب كأن يهب سهما فإذا به يربح جائزة كبيرة، ويمكن للموهوب له أن يرد الجائزة للواهب ويستبقى السهم ، أو غلطا فى شخص الموهوب له إذ ظنه قريبا فإتضح غير ذلك، أو غلطا فى الباعث الدافع اذ ظن الواهب نفسه فى مرض الموت ثم شفى. ويمكن التمسك بالغلط فى القانون.

وقد يقع الواهب تحت تاثير تدليس من الموهوب له كأن يوقع بينه وبين ورثته ليحصل على الهبة ويدعى الإخلاص له. وقد يقع التدليس من الغير إذا كان الموهوب له يعلم او من المفروض حتما ان يعلم بالتدليس.

---

(١) الموسوعه الذهبية عبد المنعم حسنى – ج ١٠ – ص ٧١٤ حكم ١٩٥٧/١١/٢١
(٢) السنهورى: الوسيط – ج ٥ – فقرة ٧٠.

وقد يقع علـى الواهـب إكـراه مـن الموهـوب لـه او مـن الغير فيـؤدى الـى بطلان الهبـة بطلانـا نسبيا. وقـد يكـون الإكـراه بواسـطة مـا للموهـوب لـه علـى الواهب من تأثير او نفوذ أدبى أو دينى او سلطوى كما يمكن أن يكـون ذلـك مـن الزوج على زوجتـه ، وقـد يكـون الإكـراه بواسـطة الإسـتهواء والإسـتغواء وهـو يختلط هنا بالإستغلال وقد يكون من الناحية الجزائية جريمة نصب.

وإذا كان عيب الإرادة هو الإستغلال الـذى يستغل فيـه الموهـوب لـه لدى الواهب طيشا بينا او هوى جامحا فللواهب الخيـار بيـن دعـوى الإبطـال ودعـوى الإنقاص، بالأولى يتوصل الى إزالة الهبة وإعادة الحال الـى مـا كـانت عليـه قبل العقد، وبالثانية يتوصل الى إنقاصها خاصة إذا وجدت المحكمـة أن الواهـب كـان سيهب ولكن ليس بالضخامة التى إنزلق اليهـا. ويجـوز للموهـوب لـه أن يعـرض الإنقاص خوفا من إبطال الهبة.

وقضايا عيوب الإرادة فى الهبة أمام القضاء ليسـت بالقليلـة. ومـن ذلـك أن إمرأة كانت خاضعـة للتـأثير الدينـى لرئيـس دينـى وإسـتعمل نفـوذه لابعادهـا عـن أقاربها واحاطها بخصومها وجعلها تـنزل لهم عـن دعـوى حسـاب بمبـالغ كبـيرة كانت تطالبهم بها بل وجعلها تعطى توكيلا لاحد أعدائها ونقضت مـا أبرمتـه مـن تصرفات سابقة بالبيع والوصيـة وتجـردت مـن أموالهـا تجـردا بـلا مقـابل ، وقـد قضت محكمة إستئناف اسيوط عام ١٩٢٩ فى هذه القضيـة بـأن هـذه التصـرفـات والإجراءات المتناقضة تدل على أن المرأة كانت ضعيفة الإرادة مسلوبة الرضـاء واقعة تحت تأثير الرئيس الدينى الذى تسلط عليهـا تسـلطا جعلهـا تنقـاد لارادتـه، والوقفيه التى اصدرتها فى هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيصاء بها لبعـض اقاربها وأقامت فيها ذلك الرئيس الدينى ناظرا وفوضـت لـه التصـرف فـى الريـع علـى الفقـراء وغـيرهم تكـون قابلـه للابطـال للإكـراه . وفـى القـانون الإنجـليزى يعيـب العقـد التـاثير غـير المشـروع undue influence حيـث يسـىء شـخـص إستعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبى عليه ، فـإذا وجـدت علاقـة ثقـة بيـن شخصين (أب وابن – طبيب ومريض- محـام ومتقـاض – رئيـس دينـى وتـابع) وإستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقـة لاكـراه الشـخص الآخـر علـى إمضـاء عقد، فإن العقد يكون قابلا للابطال (١).

---

(١) السنهورى: الوسيط – ج ٥ – الفرتان ٧٢ ، ٧٣ وهامش صفحة ١١١.

الوعد بالهبة :

تنص المادة ٤٩٠ مدنى على أن:

" الوعد بالهبة لاينعقد الا إذا كان بورقة رسمية"(١).

والكلام عن الوعد بالهبة يجرنا الى الكلام عن رسميته قبل أن نتحدث عن رسمية الهبة ذاتها.

والنص المتقدم هو احد تطبيقات قاعدة عامة وردت فى المادة ١٠١ مدنى وتقول انه:

" وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا فى الإتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

ولكى يتم العقد حددت الفقرة الأولى من المادة ١٠١ العناصر التى يتضمنها الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل، فنصت على ضرورة تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها. والمسائل الجوهرية تشمل توضيحا للمال الذى سيوهب، ولا يشترط وجوده وقت العقد بل قد يكون مالا مستقبلا او مملوكا للغير، ولكن يشترط وجود هذا المال وقت إبداء الرغبة فى إبرام الهبة وإلا كانت الهبة باطلة فى حالة المال المستقبل وقابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له فى حالة هبة ملك الغير. وتتضمن المسائل الجوهرية ما إذا كانت الهبة بعوض أم بغيره ، وكذا المدة التى يجب إبرام العقد قبل نهايتها، ويمكن الإتفاق على أنها المدة المعقولة .

ويجب أن يتحدد ذلك كله فى ورقة رسمية فالوعد الشفوى بالهبة لايكفى والوعد بورقة عرفية باطل .

ويمكن إعتبار الوعد بورقة عرفية عقدا غير مسمى فيه الإيجاب والقبول

---

(١) هذا النص مطابق المادة ٤٦٢ من مشروع التقنين المدنى الإسلامى المعد بواسطة مجلس الشعب المصرى فى عهد الرئيس السادات.

يرتب التزام الواعد التزاما يتعذر تنفيذه عينا لكونه يستدعى تدخل الواعد لإتمام رسمية ، فيستحيل الأمر الى الحكم بالتعويض للموعود.

ويشترط توافر الأهلية فى الواعد وقت الوعد ولوفقدها عند العقد النهائى وتقدر عيوب الإرادة ايضا وقت صدور الوعد. أما أهلية الموعود فتقدر وقت التعاقد النهائى لا وقت الوعد . وأما عيوب الإرادة فتقدر فى الوقتين : وقت الوعد ووقت العقد النهائى (١) .

ويمكن أن يكون الوعد وعدا بالإيهاب أى بمنح الهبة أو وعدا بالإتهاب أى بتلقى الهبة . وفى الحالتين يترتب على الوعد التزام الواعد فى الفترة ما بين نشوء الوعد الى إظهار الرغبة من الموعود له. والوعد لا يلزم الموعود له بشىء ، كما أنه لايلزم الواعد بعدم التصرف فى الشىء الموعود به ، وللموعود أن يرجع على الواعد بالتعويض اذا تصرف فيه . ويمتنع الرجوع بالتعويض إذا كان الرجوع لسبب من الأسباب التى يجوز من أجلها الرجوع فى الهبة وسيأتى بيانها. وإذا مضت مدة الوعد دون إعلان رغبة الموعود سقط الوعد أما إذا اعلن رغبته فإن الهبة تتم من وقت إبداء الرغبة وليس من وقت الوعد. وإبداء الرغبة من الموعود يكون فى ورقة رسمية، وله الزام الواعد بتنفيذ العقد وتسجيل العقار ان كان محل الهبة عقارا .

المبحث الثانى

الشكل فى عقد الهبة

تنص الماده ٤٨٨ مدنى على أن :

"١- تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد آخر ٠

---

(١) السنهورى: ج ٥ – فقرة ٢٥- ص ٤٠- ٤١.

"٢- ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية " (١). تشمل الشكلية فى القانون صورتين : الرسمية والعينية ، والهبة يجب أن تكون بورقة رسمية فى العقار دائما . أما فى المنقول فيمكن فيها أى من صورتى الشكل ، أى إنها إما أن تكون ثابتة فى ورقة رسمية أو أن تسلم للموهوب له فتتم بالقبض دون ورقة رسمية .

وتتم هبة العقار محليا بالإلتجاء إلى مكاتب التوثيق بالشهر العقارى ، حيث يقوم الموثق - طبقا لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ و لائحته التنفيذيه الصادره بمرسوم ٣ نوفمبر ١٩٤٧ - بالتحقق من شخصيات الأطراف وأهليتهم التى يستدل عليهامن تاريخ ميلاد الشخص ومظهره الذى لايوحى بجنون أو عته أو غفلة ، كما يتحقق من صفة الوكيل وحدود وكالته ، ويتم التوثيق بحضور شاهدين مكتملى الاهليه مقيمين بمصر ملمين بالقراءة والكتابه وليس لهما صالح فى الهبة ولاتربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة ويوقع الشاهدان والطرفان والموثق بعد ان يتلو الموثق صيغة العقد كاملة عليهم ويوضح لهم اثره القانونى . واذا رفض الموثق التوثيق أعاد المحرر لذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع ابداء الاسباب ويمكن التظلم من الرفض الى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق بدائرتها خلال عشرة الأيام التالية لإبلاغ الرفض ، كما يمكن الطعن فى قرار قاضى الأمور الوقتية أمام غرفة المشورة بالمحكمة الإبتدائية . ويحوز قرار القاضى أو قرار غرفة المشورة قوة الأمر المقضى ولا يكون حجة أمام القضاء العادى عند رفع دعوى موضوعية . وإذا تم التوثيق فإن المكتب الذى أجراه يحتفظ بالأصل ويسلم لكل جهة تنفيذية صورة ، ويرسل صورة إلى المكتب الرئيسى بالقاهره لحفظها . ويتضمن العقد الموثق بيان المال الموهوب والاطراف وشروط العقد كالعوض أو الإلتزام الذى فرضه الواهب على الموهوب له . ولا يجوز إستكمال الورقة الرسمية ببيانات واردة فى ورقة عرفية لأن هذا نقص فى الشكل يبطل الهبة . ولكن يمكن الإستعانة فى تفسير ماجاء فى الورقة الرسمية بأوراق عرفية أو مراسلات أو قرائن .

---

(١) اشترط مشروع التقنين المدنى الاسلامى الذى أعده مجلس الشعب المصرى فى المادة ٤٦١ الرسمية (أو القبض فى المنقول) وجاء فى تعليقه على النص : والسند الشرعى للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ورفع الخصومة : أنظر المشروع - ص ١٦١ .

وتتم الهبة فى الخارج أمام موثق رسمى أو فى قنصلية وتخضع الهبة من حيث الشكل لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك (المادة ٣٠ مدنى) .

ويمكن إتمام الهبة بقبول منفصل عن الإيجاب ، فيستوفى الموجب الرسمية ويرسل العقد الموثق للموهوب له ، ولا يلزم ان يكون قبوله فى وثيقة رسمية بل يكفى قبوله الصريح أو الضمنى أو السكوت حسب ماأوضحنا انفا ، لأن الرسمية مشترطه لحماية الواهب فتشترط فى رضاه وحده .

أما هبة المنقول فهى تشترط فيها الرسمية أو القبض كما قدمنا .

فيسرى عليها ما تقدم بصدد التوثيق ولا يلزم القبض بل يكون التسليم إلتزاما مترتبا على العقد وليس ركنا فيه . أما فى فرنسا فإلى جانب الرسمية يلزم عمل كشف ببيان المنقولات الموهوبة وتقدير قيمتها ويوقع عليه من الطرفين ويرفق بالورقة الرسمية . وفى مصر لا مانع من عمل هذا الكشف ولكن عدم وجوده لا يبطل الهبة .

وبدلا من الورقة الرسمية يمكن إتمام هبة المنقول بالقبض ، وتصح به دون ورقة رسمية ، وتعرف هذه بالبهة اليدوية . وفى الفقه الإسلامى للواهب الرجوع فى الهبة قبل القبض عند الحنفية،ولا تنقل الملكية إلا بالقبض ؛ وإذا قبضت الهبة بأذن صريح من الواهب أو بأذن ضمنى منه فى مجلس العقد انتقل الملك للموهوب له ولا رجوع إلا للأسباب التى سيأتى ذكرها.وعند المالكية للموهوب له إجبار الواهب على التسليم ، وله قبض الهبة بغير إذن الواهب ،ويتم انتقال الملكية بالقبض (١) .

أما فى القانون المدنى الجديد ، فإن النص جاء فيه " القبض " كما تقدم ولم يرد فيه التسليم الفعلى من الواهب والتسلم الفعلى من الموهوب له كما كان الحال فى التقنين المدنى الملغى . ويترتب على ذلك أن لفظ القبض أصبح أيسر تطبيقا

(١) السنهورى : الوسيط – ج٥ – فقرة ٣٦ – ص ٥٤ – ٥٧ .

وأوسع نطاقا من فكرة التسليم الفعلى . ومن ذلك أنه إذا تم تسليم الشىء الموهوب لوسيط يتسلمه عن الموهوب له ، فهذا يكفى فى إتمام القبض . كذلك إذا وضع الواهب الشىء الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يمكنه أن يحوزه وينتفع به دون عائق فإن هذا يكفى فى إتمام قبض المنقول ولو لم يتم إستيلاء الموهوب له فعلا استيلاء ماديا على الشىء ، كذلك قبض الموهوب قبضا حكميا بأن يكون المنقول الموهوب فى حيازة الموهوب له قبل الهبة بموجب عقد آخر كالاعارة أو الإجارة أو الوديعة أو الرهن ، فيتفقان على إستمرار الموهوب له فى حيازته باعتباره مالكا بموجب عقد هبة.أما اذا كان الواهب قد أحتفظ بالحيازه التى كانت له قبل الهبة ولكن بصفته مستأجرا من الموهوب له أو مستعيرا أو مودعا عنده ، فإن القبض لا يتحقق فى هذا الغرض للموهوب له لا فعليا ولا حكميا .

وتقع الهبة اليدوية على المنقولات المادية (ويلحق بها السندات لحاملها) وعلى المنقولات المعنويه مثل الديون والسندات تحت الإذن والسندات الإسمية ويتم قبض السندات لحاملها بالتسليم الفعلى والإذنية بالتظهير والإسميه بنقل ملكية السند طبقا لقواعد القانون الذى يحكمه . أما حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية (الملكية الفكرية عامة) فلا ترد عليها الهبة اليدوية ولكن ترد على نتاج أو عائد هذه الملكية . ولا ترد الهبة اليدوية على المنقول المعين بالنوع لأن القبض الفعلى فيه متعذر وكذا القبض الحكمى ، ولكن يمكن القبض فى هبة حصة شائعة فى منقول معين (١) .

جزاء إختلال الشكل :

اذا لم تتم الهبة فى الشكل القانونى المطلوب (برسمية فى العقار والمنقول أو عينية فى المنقول) كانت باطلة بطلانا مطلقا ولا يترتب عليها اثر قانونى. وللواهب ان يلجأ الى دعوى البطلان أو ان يتمسك بالدفع بالبطلان اذا اقيمت دعوى من الموهوب له . ولكل ذى مصلحة التمسك بالبطلان كذلك ، مثل ورثة الواهب ودائنيه والخلف الخاص له كالمشترى . واذا تقادمت دعوى البطلان امكن للواهب الرجوع بدعوى الاستحقاق التى تحمى حق ملكيته . والبطلان هنا لاتلحقه الاجازة لأنه بطلان مطلق . ولكن للطرفين ان يعيدا ابرام عقد الهبة

---

(١) السنهورى : الوسيط - ج ٥ - فقرة ٣٨ - ص ٦٣ - ٦٦ .

مستوفيا ركن الشكل ، وتكون هبة صحيحة مختلفه عن الاولى فى انها مستوفية للاركان وتاريخها غير تاريخ الاولى والاهلية فيها تقدر فى وقت انعقادها لا وقت ابرام الاولى . واذا كان الواهب يعتقد خطأ ان الهبة غير المستوفيه للشكل صحيحه وتلزمه بتسليم المنقول فسلمه للموهوب له فليس هذا من قبيل الاجازة لأنها لاتلحقها اجازة ويمكنه ان يسترد الموهوب وليس هذا من قبيل التنفيذ الاختيارى للهبة .

وقد نصت المادة ٤٨٩ مدنى على التنفيذ الاختيارى للهبة كما يلى :

" إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم ان يستردوا ما سلموه ".

وقد كان السائد اثناء اعداد النص كما توضحه الاعمال التحضيريه ان الواهب وورثته لا يستطيعون استرداد الهبة الباطلة لعيب شكلى اذا نفذوها مختارين،لأن الهبة التى اختل فيها ركن الشكل يتخلف عنها إلتزام طبيعى لايجبر المدين على تنفيذه ولكن يصح الوفاء منه اختيارا . ولكن الاستاذ السنهورى بعد أن تبنى هذا الاتجاه حتى صدر القانون وذكره فى الموجز عاد فى الوسيط - وعدل عن هذا الرأى وإتجه الى أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل ترد عليها الاجازة ، فالشكل ركن من صنع القانون ، ولذا يحدد القانون الجزاء الذى يترتب عليه وما اذا كانت الاجازة ترد عليه أم لا . وقد قررت المادة ٤٨٩ امكان هذه الاجازة بصوره واحده هى التنفيذ الاختيارى للهبة ، فلا تصح الإجازة بالقول أو الكتابه العرفيه اوغيرها وانما يجب ان ينفذ الواهب الهبة وهو يعلم انها باطلة لعيب فى الشكل وذلك سواء كانت هذه الهبة هبة واردة على عقار أو على منقول . وأنتقد فكرة الالتزام الطبيعى فى هذا المجال بأنها تؤدى عملا الى الاستغناء عن ركن الشكل بأن يقوم الواهب بهبة فى ورقة عرفيه يتخلف عنها التزام طبيعى يتخذه الواهب سببا لإلتزام مدنى فى ورقة عرفية أخرى وبذلك يهب المال هبة مشكوفة دون رسمية (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن بطلان عقد هبة العقار لعدم افراغه فى شكل

---

(١) السنهورى - الوسيط - ج ٥ - فقرة ٤٦ .

رسمى لايمنع من تملك الموهوب له الاعيان الموهوبة بالتقادم الطويل المدة(١) .

الهبة غير المباشرة :

تتم الهبة بطريقة مباشرة اذا وهب الواهب ملكية شئ أو حقا عينيا عليه ، أو إذا إلتزم الواهب بإعطاء مبلغ من النقود لشخص آخر ، وهذه الهبة تشترط فيها الرسمية أو العينية (القبض) . وقد تتم الهبة بطريقة غير مباشرة اذا كسب الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع عن طريق الواهب دون ان ينتقل اليه هذا الحق مباشرة من الواهب (٢).ومن امثلة الهبة غير المباشرة نزول المنتفع عن حق الانتفاع أو النزول عن حق السكنى أو حق الاستعمال أو حق الارتفاق فتؤول هذه الحقوق للمالك . أما إذا وهب حق من هذه الحقوق لغير المالك كانت الهبة مباشرة تجب فيها الرسمية . كذلك النزول عن الدين بأبراء المدين منه يعتبر هبة غير مباشرة . والاشتراط المصلحة الغير كما فى عقد التأمين لصالح الاولاد هبة غير مباشرة من رب الاسرة ، وكذلك قبول المحال عليه بحوالة دين تعتبر هبة غير مباشرة اذا كانت بغير مقابل .

والهبة غير المباشرة لاتشترط فيها الرسمية ولا العينية أى أن ركن الشكل غير متطلب فيها فى اى من صورتيه المذكورتين . ولكن هذا لايعفيها من تطبيق الاحكام الموضوعية للهبة ، فيجوز فيها الرجوع فى الحالات التى أجاز فيها القانون ذلك ويطعن عليها بالدعوى البوليصيه وتنطبق عليها احكام الوصية اذا عقدت فى مرض الموت ويشترط فى الواهب فيها اهلية التبرع .

الهبة المستترة :

تنص المادة ٤٨٨ /١ مدنى على ان :

" تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة مالم تتم تحت ستار عقد أخر"

والفرق بين الهبة المستتره والهبة غير المباشرة أن المستترة هبة مباشره ، ولكن ظاهرها عقدا آخر كالبيع أو الحوالة أو المرتب مدى الحياة وحقيقتها هبة .

---

(١) نقض ١٩٦٣/١/١٧ م – الموسوعه الذهبية – عبد المنعم حسنى – ج ١٠ ص ٧٢٢ – ٧٢٣ .

(٢) السنهورى : الوسيط –ج٥ – فقرة ٤٩

وهى مثل الهبة غير المباشرة معفية من الشكل (١) سواء كان ورقة رسمية أو قبضا .

ويقابل الهبة المستترة الهبة المكشوفة أو الصريحة أى التى لا تلحقها صورية مطلقة ولا نسبية والهبة المكشوفة هى التى تخضع للشكل بإستيفاء الرسمية فى هبة العقار والرسمية أو القبض فى هبة المنقول .

ويجب فى الهبة المستترة أن تكون أركان العقد الظاهر مستوفاة (٢) فإذا سترت فى صورة عقد بيع وجب بيان المبيع (الشىء الموهوب) والثمن وهو وان كان صوريا إلا أنه يجب أن يذكر ، فإذا لم يذكر كانت هبة مكشوفة وليست مستترة ويستوى مع هذه الحالة الثمن التافه ، كأن يكون الثمن إيرادا مرتبا مدى الحياة يقل كثيرا عما تغله العين الموهوبة فالهبة مكشوفة فى هذه الحالة . ولكن اذا كان الثمن بخسا وليس تافها فإنه يجب التفرقة بين ما اذا كان ثمنا صوريا فتظل هبة مستترة فى بيع ، وبين ما اذا كان ثمنا بخسا جديا وليس صوريا فيكون البائع فى هذه الحالة إما قاصدا البيع ولكنه وقع فى غبن ليس من شأنه أن يبطل البيع ، وإما قاصدا محاباة المشترى (الموهوب له) بالفرق بين ثمن المثل والثمن البخس فيكون هبة مستترة فيما يتعلق بالجزء الذى حاباه به . وقد ينص فى العقد على ثمن المثل وعلى ان البائع وهبه للمشترى أو أبرأه منه فتكون الهبة عندئذ مكشوفة وتخضع للشكل . أما اذا نص على أنه أستوفاه حال كونه لم يستوفه حقيقةً فأن هذه الصورية تجعل العقد هبة مستترة فى بيع وكذا اذا نص على أن الثمن فى ذمة المشترى فأنها تبقى هبة مستترة .

وإعفاء الهبة المستترة من الشكل لايعفيها من تطبيق الأحكام الموضوعية فى الهبة ، فتشترط فيها أهلية التبرع فى الواهب وينظر إليها على أنها من التبرعات عند الطعن بالدعوى البوليصية ويجوز الرجوع فيها إذا توافرت حالة من حالات الرجوع واذا صدرت والواهب فى مرض الموت عوملت على إنها وصية ويتخفف فيها من ضمان الإستحقاق وضمان العيب .

---

(١) نقض ٢ /١٩٣٢/٦ ونقض ١٩٥١/٤/٥ – الموسوعه الذهبية – عبد المنعم حسنى – ج ١٠ – ص ٧١٥, ٧١٩ .

(٢) نقض ١٩٦٩/٤/١٧ – الموسوعه الذهبية – ج ١٠ ص ٧٢٠ .

ولا يعتبر هبة مستترة بيع العقار الصـادر من الولى الشرعى إلى أولاده مع تبرعه لهم بالثمن فهذه هبة سافرة (١) .

المبحث الثالث

المحل فى عقد الهبة

المحل فى عقد الهبة هو الشئ الموهوب إن كانت بغير عوض ، أو هو الشئ الموهوب والمقابل الذى سيؤديه الموهوب له ان كانت هبة بعوض . ويشترط فى الموهوب أن يكون موجودا ومعينا والا يكون مخالفا للنظام العام والاداب وأن يكون مملوكا للواهب. وهذا يدعونا إلى الكلام فى عدة مسائل هى : هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير وهبة المال الشائع والهبة فى مرض الموت والهبة بعوض .

هبة المال المستقبل :

تنص المادة ٤٩٢ مدنى على أنه : " تقع هبة الاموال المستقبله باطلة " وذلك خلافا للأصل العام الوارد فى المادة ١/١٣١ مدنى التى تقول " يجوز ان يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا "

والمال المستقبل مال غير موجود وقت إبرام عقد الهبة ، ولا يعتبر مالا مستقبلا هبة منقول مثلى لأنه حاضر فى الاسواق وهبته صحيحة وتنشىء إلتزاما شخصيا فى ذمة الواهب وان كان يشترط فيها القبض أو الرسمية.ويمكن أن تضاف هذه الهبة الى أجل واقف هو وفاة الواهب فيوفى بها عند وفاته وهو أجل غير محدد . ولا يعتبر هبة مستقبلة الهبة تحت شرط واقف اوفاسخ وتزول بتخلف الشرط الواقف أو بتحقق الشرط الفاسخ .

وهبة المال المستقبل حكمها البطلان المطلق الذى لاتلحقه إجازة ولا يرد عليه تقادم ولكل ذى مصلحة التمسك به ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه .

---

(١) نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ - الموسوعة الذهبية - عبد المنعم حسنى - ج ١٠- ص ٧٢١ .

وتختلف هبة المال المستقبل عن هبة ملك الغير فى أن المال المستقبل غير موجود وقد يوجد مستقبلا أما هبة ملك الغير فترد على مال موجود ولكنه ليس مملوكا للواهب .

هبة ملك الغير :

وقد جاءت أحكام هبة ملك الغير فى المادة ٤٩١ مدنى التى تقول :

" اذا وردت الهبة على شىء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها احكام المادتين ٤٦٦, ٤٦٧ " (١).

والنص يحيل الى النصوص الخاصة ببيع ملك الغير والجزاء فيها هو البطلان النسبى لمصلحة الموهوب له فيجوز له وحده أن يطلب الابطال رغم عدم تعرض المالك الحقيقى له . وتبدو مصلحة الموهوب له فى الابطال عندما تكون الهبة بعوض أومع تحمله بالتزام فيهمه التخلص من إلتزامه بابطالها . واذا تعمد الواهب اخفاء كونه غير مالك فأن الموهوب له يحق له المطالبة بتعويض ، كما يحق له استرداد ما أداه من إلتزامه فى الهبة بعوض . واذا اجاز الموهوب له هبة ملك الغير فأنه لايستطيع أن يطلب إبطالها بعد ذلك ، ويبقى أن هذه الهبة لا تنقل الملك للموهوب له إذ يتوقف ذلك على اقرار المالك الحقيقى.فإذا ماآلت ملكية الشىء الموهوب إلى الواهب انقلبت الهبة صحيحة ، فتنتقل الملكية للموهوب له من وقت الإقرار.واذا كانت هبة ملك الغير واردة على عقار فهى قابلة للابطال سواء قبل التسجيل أو بعده . وإذا لم يجز المالك الحقيقى الهبة فله الرجوع بدعوى الاستحقاق على الموهوب له وبدعوى التعويض على الواهب (٢) .

هبة المال الشائع :

وهبة المال الشائع جائزة وكذا الحصة فيه وتنتقل ملكية الحصة شائعة .

---

(١) تطابق هذه المادة المادة ٤٦٤ من مشروع التقنين المدنى الاسلامى الذى اعده مجلس الشعب المصرى فى عهد السادات .

(٢) نصت المادة ٤٦٣ من مشروع التقنين المدنى الاسلامى على ان : " من وهب ملك غيره بدون اذنه كانت هبته موقوفه على اجازة المالك "

وقد شرحنا فى كتابنا نظرية العقد فكرة العقد الموقوف التى يشير اليها النص.

أما إذا وهب الواهب جزءا مفرزا من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمه فى نصيب الواهب ، أنتقل حق الموهوب له من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى الواهب بطريق القسمة . واذا كان الموهوب له يجهل ان الواهب لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة كان له الحق فى أن يطلب إبطال الهبة وذلك كله تطبيقا للمادة ٨٢٦ مدنى (١) .

الهبة فى مرض الموت :

واذا وقعت الهبة فى مرض الواهب مرض الموت فانها تعتبر وصية ، وتنفذ فى حق الورثه فى حدود ثلث التركة ، وتتوقف على اجازتهم فيما زاد عن الثلث ، ويستوى فى هذا الثلث الوارث وغير الوارث ، ويلاحظ هنا انه اذا تصرف الموهوب له فيما يزيد على الثلث الى الغير حسن النية فأن هذا التصرف اذا كان سابقا على تسجيل دعوى الاستحقاق لم يكن لهذه الدعوى تأثير على انتقال الملكية وثبوتها لهذا الغير صحيحة فيسرى التصرف فى حق الورثة اما اذا كان التصرف فيما يزيد عن الثلث قد وقع بعد تسجيل دعوى الاستحقاق فإنه لاينفذ فى حق الورثة سواء كان المتصرف اليه حسن النية أو سيئها (٢) .

العوض فى الهبة :

الأصل فى الهبة باعتبارها تبرعا أن يكون لها محل واحد هو الشىء الموهوب ، ولكن يوجد لها محل آخر عندما تكون هبة بعوض هو العوض المطلوب من الموهوب له أو الإلتزام المشروط عليه أداؤه . ولذلك نصت المادة ٤٩٧ مدنى على أن :

" يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب ام لمصلحة أجنبى ام للمصلحة العامة " .

وبهذا العوض تصبح الهبة عقدا ملزما للجانبين ، وان كانت لاتزال من عقود التبرع ، لآن الفرق بين قيمة الشىء الموهوب وقيمة ما يؤديه الموهوب له يعتبر أداء بلا مقابل أى تبرعا .

---

(١) السنهورى : الوسيط ج ٥ – الفقرات٨٣ – ٨٥
(٢) السنهورى : الوسيط ج ٥ الفقرات ٨٦ – ٨٨

والعوض فى الهبة يمكن أن يتخذ صورة إلتزام بإعطاء أو إلتزام بعمل أو إلتزام بإمتناع ومثال الأول (الاعطاء) قيام الموهوب له بأداء مرتب مدى الحياة للواهب (١) ، ومثال الثانى (العمل) إلتزام الموهوب له بخدمات للواهب ، ومثال الثالث (الامتناع) تعهد الموهوب له بعدم التصرف فى المال الموهوب . ويجب أن تتوافر فى العوض شروط محل الالتزام من حيث كونه موجودا أو ممكنا ، معينا أو قابلا للتعيين ، صالحا للتعامل فيه وألا يخالف النظام العام والاداب ، فلا يجوز ان تكون الخدمات التى يؤديها الموهوب له للواهب مما ينافى الاداب العامة .

المبحث الرابع

السبب فى الهبة

السبب فى الهبة هو الباعث الذى دفع الواهب الى أن يهب من ماله وليس السبب هو نية التبرع كما كانت تذهب النظريه التقليدية ، ذلك أن نية التبرع تختلط بركن الرضا فى العقد .

ويجب ان يكون الباعث الدافع مشروعا غير مخالف للنظام العام والاداب، فاذا خالف شيئا من ذلك كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقا . ويجب للحكم ببطلانها ان يثبت ان الموهوب له كان يعلم أو كان يستطيع ان يعلم بهذا الباعث.

وتطبيقا لما تقدم فان هبة الخليل لخليلته للاستمرار فى العلاقه غير المشروعه باطلة . اما اذا كان الباعث لديه على الهبة هو تعويض الخليله عما اصابها من ضرر بعد انقطاع العلاقه الآثمه فان السبب يكون مشروعا والهبة صحيحة .

---

(١) قضت محكمة النقض فى حكم لها بتاريخ ١٩٤٩/١/٢٠ (طعن ٨٢ س ١٧ ق) بأن اقرار الاولاد فى ورقة بشراء أمهم من مالها الخاص منزلا صدر عنه عقد بيع من المالك لاسمهم فى تاريخ لاحق وان الام تنازلت عنه بطريق الهبة اليهم وتعهدوا بعدم التصرف فى المنزل الا بعد وفاتها وباعطائها نفقه شهرية فكيفت المحكمة العقد بانه هبة وحكمت ببطلانه وفسخ الهبة لإخلال الموهوب لهم بإلتزامهم بعدم التصرف فلا خطأ فى ذلك . (الموسوعة الذهبية – جـ ١٠ ص ٧١١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى المادة ٦٦٩ على انه " اذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع وقعت صحيحة والغى الشرط الا اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة فتقع الهبة كلها باطلة " .

وقد حذف هذا النص إكتفاء بالقواعد العامة . ويكون الشرط مستحيلا كما فى حالة هبة بعوض هو ترتيب مرتب مدى حياة شخص آخر ثم اتضح انه توفى قبل الهبة فصار تحقق الشرط مستحيلا . فإذا كان الشرط المستحيل هو الباعث الدافع على الهبة فالهبة باطلة لانتفاء السبب ، وإن كان الواهب عازما على أن يهب ولو تبين إستحالة الشرط فالهبة تبقى صحيحة .

ومثال الشرط غير المشروع من يهب لمطلقته مالا بشرط ألا تتزوج بعده ، فهو مخالف للنظام العام .

كذلك كان المشروع التمهيدى للتقنين يحتوى على المادة ٦٧٠ ونصها " الهبات والهدايا التى تقدم فى الخطبة من أحد الخطيبين للاخر أو من اجنبى عنهما لاحدهما أو لهما معا . يجب ان يردها الموهوب له للواهب اذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الشىء الموهوب قائما ويمكن رده بالذات " وقد حذف هذا النص ايضا اكتفاء بالقواعد العامة وبما جرى عليه العرف .

وقد تقترن الهبة بشرط مانع من التصرف ، فتنطبق عليها المادة ٨٢٣ مدنى التى تنص على انه :

" اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقوله .

"٢- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعه للمتصرف أو المتصرف اليه أو الغير .

٣- والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف اليه أو الغير".

فيجوز بناء على ذلك ان يشترط الواهب عدم تصرف الموهوب لـه فـى المال الموهوب من وقت الهبة الى حين وفاة الواهب اذا كان قد اشـترط عليـه ان يؤدى له راتبا مدى حياتـه ، فتكـون لـه مصلحـة مشـروعه فـى منـع التصـرف ، أو ان يشترط عدم تصرف الموهوب له مدى حياته اى حياة الموهوب لـه لخوفـه عليه ان يبدد المال ويصير محتاجا فهذه مصلحة للموهوب له ينشدها الواهب .

الفصل الثانى

آثار الهبة

اذا كانت الهبة عقدا ملزما لجانب واحد هو الواهب فان على الواهب التزامات اربعه هى : (١)

١- نقل الملكية للموهوب له .
٢- تسليم الشىء الموهوب .
٣- ضمان التعرض والاستحقاق .
٤- ضمان العيوب الخفية .

أما اذا كانت الهبة بعوض فهى عقد ملزم للجانبين ، ومن ثم تترتب على الموهوب له التزامات هى :

١- اداء العوض
٢- اداء نفقات الهبة .

المبحث الأول
إلتزامات الواهب

المطلب الاول
نقل الملكية

يلتزم الواهب بنقل ملكية الشىء ، وقد يتم تنفيذ هذا الإلتزام فورا فتنتقل الملكية الى الموهوب له بحكم القانون بمجرد اتمام العقد وذلك اذا كان الموهوب شيئا معينا بالذات يملكه الواهب وقد يتراخى تنفيذ الالتزام بعض

---

(١) استقى التقنين المدنى الجديد التزامات الواهب من التقنين الالمانى - المواد ٥٢١ - ٥٢٤ كما استقيت التزامات الموهوب له من المواد ٥٢٥ , ٥٢٦ التزامات سويسرى والمادتين ١٤٦٩ , ١٤٧٠ برتغالى - انظر : عرفه ص ٣٣٢ , ٣٣٤ .

الوقت وذلك فى الهبة الرسمية للأشياء المثلية فتنتقل الملكية فيها بالقبض أو بالافراز السابق عليه ويتراخى انتقال الملكية فى العقار للحاجة الى التسجيل ، وفى هذه الحالة يلتزم الواهب بما هو ضرورى من الأعمال لنقل الملكية فيقدم الشهادات والمستندات اللازمة للتسجيل ويحافظ على الشىء الموهوب لحين تسليمه ، ويمتنع عن كل ما من شأنه ان يمس بحق الموهوب له .

واذا انتقلت الملكية الى الموهوب له أصبح مالكا له سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف حتى قبل قبض الهبة ، وله ثمار الموهوب ونماؤه ولا يؤثر على حقه إفلاس وإعسار الواهب ما لم يطعن دائنوه بالدعوى البوليصيه حيث تؤدى إلى عدم نفاذ التصرف بالهبة تجاههم .

وهبة العقار غير المسجلة تنتج آثار الهبة عدا نقل الملكية ، فيوجد الالتزام بنقل الملكية على عاتق الواهب ويمكن – طالما استوفت الرسمية – الالتجاء لدعوى صحة التعاقد أو دعوى صحه التوقيع ، ويوجد الالتزام بالتسليم على عاتق الواهب ويضمن الاستحقاق والتعرض والعيوب الخفية ، ويلتزم الموهوب له بالعوض أو الالتزام المفروض عليه وبمصاريف عقد الهبة وبتسلم العقار . وتسجيل الهبة يكون له اثر رجعى فيما بين المتعاقدين ، ويشترط فيه حسن النية ، فاذا كان الموهوب له يعلم ان الواهب تصرف من قبل فى العقار الموهوب كان للمتصرف اليه السابق ان يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات فى هذه الهبة ولو كان الموهوب له صاحب تسجيل اسبق ؛ ويختلف الحال عن ذلك فى البيع اذ يشترط فيه عدم التواطؤ وليس حسن النية (١) .

المطلب الثانى

تسليم الشىء الموهوب

تنص المادة ٤٩٣ مدنى على أنه : " اذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشىء الموهوب فان الواهب يلتزم بتسليمه ، وتسرى فى ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع " .

---

(١) السنهورى : الوسيط – ج٥ – فقرة ١٠١.

والإلتزام بالتسليم كما تقدم متفرع عن الإلتزام بنقل الملكية (١) حيث نصت المادة ٢٠٦ مدنى على : " الإلتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم "

ويترتب على هلاك الشىء قبل التسليم ان يتحمل الموهوب له تبعة الهلاك طالما ان الواهب لم يتسبب فى هذا الهلاك سواء بخطأ جسيم منه أو بفعله العمدى .

وإلتزام الواهب بالتسليم يتعلق بالشىء الموهوب فى الحالة التى كان عليها وقت انعقاد الهبة وبملحقات هذا الشىء . وهذا لايمنع من ان يشترط الواهب ان يكون التزامه بالتسليم متعلقا بالشىء فى الحالة التى يكون عليها وقت التسليم أو فى أية حالة اخرى كأن يشترط تسليمه ولو تالفا .

ويلتزم الواهب بتسليم القدر المحدد فى العقد ، فاذا نقص القدر المسلم عنه فلا يسأل الواهب عن النقص الا اذا كان هناك خطأ جسيم أو فعل عمدى منه أدى الى النقص . واذا زاد ما سلم للموهوب له عن المقدار المحدد فى العقد وكان الشىء الموهوب قابلا للتبعيض ردت الزيادة للواهب ، واذا كان لا يقبل التبعيض اعتبر القدر وصفا لا أصلا ، والوصف لا مقابل له فتصبح الزيادة من حق الموهوب له بلا مقابل . ودعوى الزيادة أو النقص تخضع للتقادم الطويل ولا يسرى عليها التقادم الحولى الوارد فى المادة ٤٣٤ مدنى فى باب البيع .

---

(١) قضت محكمة النقض فى ١٩٥٠/٢/٢٣ (طعن ٩٧س١٨ ق) بأن " الاصل ان الصغير يملك المال الذى يهبه اياه وصيه أو مربيه اى من هو فى حجرة وتربيته بمجرد الايجاب ولايحتاج للقبض . وعليه لو وهب الاب شيئا فى يده أو عند مستودعه أو مستعيره تتم الهبة بمجرد قوله وهبت ولا حاجة للقبول لتمام الهبة لأن لمال لما كان فى قبض الاب ناب مناب قبض الصغير . فإذا اعتبر الحكم ان اقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوى لولديه القاصرين هو اقرار من جانبه يشمل ايجابا بالهبة من مال فى قبضه وبه تتم الهبة للقاصرين بغير حاجه الى قبول من وصى يقام عليهما ليتسلم السند ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ " الموسوعه الذهبية - عبد المنعم حسنى - ج١٠ - ص ٧١٢.

ويعتبر من ملحقات الشىء الموهوب التى يشملها التسليم الاوراق والمستندات المتعلقة بملكيته أو عقود ايجاره وحقوق الارتفاق ووثائق التأمين عليه ، والاشياء المثبتة فى العقار الموهوب ومفاتيحه ولكن لا تعتبر من ملحقاته المنقولات التى يمكن فصلها دون تلف ، وتعتبر من الملحقات العقارات بالتخصيص .

ويعتبر التسليم قد تم اذا وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له فى المكان المتفق عليه أو مكان وجوده وقت ابرام الهبة أو فى موطن الواهب اذا لم يعين مكان وجوده أو كان من المثليات ويجب ان يتمكن من حيازته حتى ولو كان لم يستول عليه ماديا بعد علمه بذلك . ويعتبر ذلك تسليما فعليا ، ويدخل فيه تسليم السند لحامله الموهوب وتظهير سند الشحن أو الايداع . ويمكن ان يكون التسليم حكميا وذلك حين يكون الشىء الموهوب فى حيازة الموهوب له من قبل بموجب عقد آخر كعارية أو وديعه ثم يصير ملكا له بالهبة ، وكذلك حين يستبقى الواهب حيازة الشىء فى يده بموجب عقد ايجار أو وديعة أو عارية ، مع ملاحظة أن الهبة اليدوية فى المنقولات لا تتم الا بالقبض فيمكن للموهوب له ان يتسلم الشىء ثم يعيد تسليمه فى وقت لاحق الى الواهب نفاذا للعقد الآخر(١).

ويتم التسليم فور العقد أو فى الوقت المتفق عليه و طبقا لما يقضى به العرف أو تقتضيه طبيعه الشىء .

ورغم ان نفقات إبرام عقد الهبة تقع على الموهوب له فإن نفقات التسليم تقع على الواهب ، وهذا الحكم متفق مع القواعد العامة حيث تنص المادة ٣٤٨ مدنى على ان نفقات الوفاء على المدين ، ويجوز الاتفاق على خلاف ذلك .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى ١٩٤٩/٢/٣ (طعن ١٠٩س ١٧ ق) بأنه " من الجائز ان يقصد المتصرف الى الايهاب فى صورة التبايع ولايقدح فى ذلك ان يظل البائع واضعا اليد على ما باعه فهذا لا يتعارض مع تنجيز التصرف ما دام المتصرف له بنات البائع وبينهن قاصرتان مشمولتان بولايته وهن جميعا فى رعايته ، ولا أن البائع احتفظ بحق الانتفاع مع تمليك الرقبة تمليكا منجزا – الموسوعه الذهبية – عبد المنعم حسنى – ج ١٠ ص ٧١٢ .

وقد يهلك الشيء الموهوب قبل التسليم ، فاذا كان هلاكه بسبب أجنبي أو بخطأ يسير من الواهب فإن الهبة بإعتبارها من العقود الملزمة لجانب واحد تهلك على الموهوب له حيث لايوجد إلتزام عليه تسقطه إستحالة التنفيذ . ولكن اذا وجد عليه إلتزام أو عوض فأنه يبرأ منه بانفساخ الهبة .

اما اذا كان الهلاك بخطأ عمدى أو خطأ جسيم من الواهب فانه يهلك على الواهب ويتعين عليه ان يعوض الموهوب له تعويضا عادلا ، وذلك لأن المادة ٤٩٦ مدنى تنص على ان : لا يكون الواهب مسئولا الا عن فعله العمد أو خطأه الجسيم " ، ولكن يجب ملاحظة انه اذا كان الهلاك بخطأ جسيم أو عمدا مسبوقا باستخدام الواهب لحقه فى الرجوع فى الهبة فانه لا يكون مسئولا .

وقد لا يغنى القبض عن القبول فى الهبة فقد حكمت محمكة النقض فى ١٩٥٦/٣/٨ بأنه اذا كانت اللائحة التأسيسية للاتحاد الارمنى العام قد جعلت قبول الهبات من اختصاص المجلس الرئيسى للاتحاد وان المجلس المحلى قبض الهبة فهذه واقعة مادية لاتغنى عن صدور التصرف القانونى وهو القبول (١) .

المطلب الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

تنص المادة ٤٩٤ مدنيعلى أن :

"١- لايضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الإستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفى الحالة الأولى يقدر القاضى للموهوب تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر وفى الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق على غيره .

---

(١) الموسوعة الذهبية: ج١٠ص٧١٣ .

"٢- واذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى". (١) .

لا يجوز للواهب ان يتعرض للموهوب له تعرضا ماديا أو قانونيا باستثناء حالات الرجوع فى الهبة التى سنتحدث عنها فيما بعد ، واذا حدث هذا التعرض كان الواهب ضامنا له.

اما اذا كان التعرض صادرا من الغير وهو ما تتناوله المادة ٤٩٤ مدنى ، فان الواهب لا يضمن التعرض المادى من الغير وانما يضمن التعرض القانونى ، فاذا أقيمت دعوى باستحقاق الشيء وجب على الموهوب له ان يخطر الواهب بها ليتدخل فى الدعوى ويقدم ماليديه من مستندات قد تدحضها ، واذا لم يفعل كان مسئولا عن ذلك ما لم يثبت ان الحكم بالاستحقاق صدر نتيجه تدليس أو خطأ جسيم من الموهوب له . واذا اخطر الموهوب له الواهب ولم يحل محله فى دعوى الاستحقاق فان الموهوب له لايكون مخطئا اذا اعترف لطالب الاستحقاق بحقه بحسن نية أو تصالح معه عليه دون انتظار صدور حكم فى الدعوى ولكن للواهب مع ذلك ان يثبت أن طالب الاستحقاق كان غير محق فى دعواه وبذلك يتفادى رجوع الموهوب له عليه.

ورجوع الموهوب له على الواهب بعد ان استحق الشيء من يده لا يسمح به الا فى حالتين :

الاولى : اذا تعمد الواهب اخفاء سبب الاستحقاق ، وعندئذ لا يحكم للموهوب له بتعويض كامل عن الضرر المتوقع ، بل يحكم له فقط بتعويض عادل يقدره القاضى طبقا لظروف الدعوى .

وقد يقتصر التعويض على ما اداه الموهوب له لطالب الاستحقاق من نقود أو اشياء ليتنازل عن دعواه .

---

(١) تطابق هذا النص المادة ٤٦٦ من مشروع التقنين المدنى الاسلامى الذى أعد ايام الرئيس السادات بواسطه مجلس الشعب .

الثانية : اذا كانت الهبة بعوض أو تحمل الموهوب له بإلتزام فـإن الواهـب يضمن الإستحقاق ولو كان يجهل سببه فيؤدى للموهوب له ما أداه من العـوض أو يتحلل الموهوب له من إلتزاماته .

وللموهوب له ان يحل محل الواهب فى دعاواه وحقوقه كما لو كان العقـار الذى استحق قد اشتراه مـن بـائع واراد ان يرجـع عليـه فللموهـوب لـه أن يحـل محله فى ذلك . واذا كان الواهـب قد بـاع الشـىء لمشـتر قبـل الهبـة ولـم يقبـض ثمنه واستحق الشىء للمشترى فان الموهوب لـه يسـتطيع ان يحـل محـل الواهـب فـى المطالبـة بـالثمن . وهـذه الاحكـام يجـوز التعديـل فيهـا تشـديدا أو تخفيفـا فى مسئولية الواهب .

المطلب الرابع

ضمان العيوب الخفية

تنص المادة ٤٩٥ مدنى على ان :

"١ - لايضمن الواهب خلو الشىء الموهوب من العيب "

" ٢- علـى انـه اذا تعمـد الواهـب اخفـاء العيـب أو ضمـن خلـو الشـىء الموهوب من العيوب كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضـرر الـذى يسـببه العيب . ويكون كذلك ملزما بالتعويض اذا كانت الهبة بعـوض ، علـى الا يجـاوز التعويض فى هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا العوض " .

تقرر الفقرة الاولى من المادة ٤٩٥ أصلا فى ضمان العيب الخفى فى الهبة وهو عدم وجود مثل هذا الضمان لأن الواهب متبرع ولا مبرر للتشديد عليه .

غير أن هذا الضمان يظهر (طبقا للفقـرة الثانيـة مـن المـادة) فـى حـالات ثلاث هى :

١- عندما يتعمد الواهب إخفاء العيب ، ولا يكفى أن يكون عالما بالعيب بل يجب أن يوجد من جانبه نوع من الغش هو تعمد الإخفاء ويقتصر الضمان على أداء تعويض عادل يقدره القاضى .

٢- عندما تكون الهبة بعوض أو تقترن بإلتزامات أو شروط مفروضة على الموهوب له . فى هذه الحالة يضمن الواهب العيوب حتى تلك التى لايعلمها وينحصر ضمانه فى حدود العوض الذى أداه المتهب ، وأساس مسئولية الواهب هو إقتراب الهبة بعوض من عقود المعاوضة .

هاتان الحالتان كما هو واضح هما نفس الحالتين المقررتين فى ضمان الاستحقاق .

٣- عندما يضمن الواهب للموهوب له بإتفاق خاص عدم وجود العيوب ثم يظهر العيب فيضمنه الواهب ولو كان لا يعلمه ولو كانت الهبة بغير عوض فيؤدى تعويضا عن الضرر الذى يسببه العيب .

ويجب فى العيب الذى يضمنه الواهب أن يكون قديما ، مؤثرا ، خفيا لاعلم للموهوب له به . ولا يصل ضمان العيوب الخفية فى الهبة الى مستوى هذا الضمان فى عقد البيع ، مراعاة لكون العقد من عقود التبرع لا المعاوضة . فالعيب فى ذاته لا يعوض عنه اذا لم يترتب عليه ضرر ، واذا ترتب الضرر كان التعويض بقدر الضرر الذى سببه العيب ، ولا يعوض الموهوب له عن نقص قيمه الشىء الموهوب بسبب العيب ، ويشمل التعويض الاضرار التى تحيق بمال للموهوب له بسبب العيب فمثلا اذا كان الشىء الموهوب بقرة مريضه فانتقلت العدوى منها الى ابقار اخرى للموهوب له وجب عليه تعويض الموهوب له عن هلاكها أو مرضها .

ويجوز الإتفاق على تعديل الأحكام المتقدمة تشديدا فى مسئولية الواهب عن ضمان العيوب الخفية ، أو تخفيفا من هذه المسئولية أو إسقاطا لها ولكن يلاحظ أنه لايسقط الضمان فى حالة تعمده إخفاء العيب .

وكما تقدم فى ضمان الإستحقاق، يمكن فى ضمان العيوب الخفيـة أن يحل الموهوب له محل الواهب فى الحقوق والدعاوى الثابته لهذا الأخير بسبب العيب، فيرجع مثلا على البائع للواهب إذا كان قد باع له الشىء وبه العيب الخفى .

المبحث الثانى

إلتزامات الموهوب له

قدمنا أن إلتزامات الموهوب له تنحصر فى أداء نفقـات عقـد الهبـة ونفقـات تسلم الشىء الموهوب، وفى حالة الهبة بعـوض يلـتزم بـأداء العـوض أو الإلـتزام المفروض عليه.

المطلب الأول

الإلتزام بنفقات الهبة وتسلمها

تقع على عاتق الموهوب له مصروفات إتمام عقد الهبـة مثـل رسـوم العقد الرسـمى ورسـوم التسـجيل وضرائـب الدمغـه وأتعـاب المحامـاة، كمـا تقـع عليـه مصروفات تسلم الشىء الموهوب ونقله الى المكـان الـذى يريـد إن كـان منقـولا. ويجوز الإتفاق على أن يتحمل الواهب هذه المصروفات.

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمـن نصـا يقـرر هـذه الأحكـام هـو المـادة ٦٧٨ ولكنـه حـذف فـى لجنـة المراجعـة لكـون احكامـه مسـتفادة مـن القواعـد العامة(١).

---

(١) الأعمال التحضيرية - ج ٤ - ص ٢٧١.

المطلب الثانى

الإلتزام بأداء العوض

تنص المادة ٤٩٧ مدنى على أن:

" يلتزم الموهوب له بأداء ما إشترط عليه من عوض سواء إشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة اجنبى أم للمصلحة العامة".

العوض هو المقابل الذى يؤديه المتهب. وقد يكون ملتزما بموجب عقد الهبة ان يؤديه للواهب نفسه ومثال ذلك التزامه بأن يؤدى راتبا مدى الحياة للواهب، وقد يؤديه للغير كأن يؤدى هذا الراتب لأبناء الواهب مدى حياتهم . وقد يؤديه للمصلحة العامة كأن يهب الواهب لمؤسسة خيرية أرضا لبناء مستشفى أو دار للمسنين.

وللواهب أن يطالب الموهوب له بأداء العوض، كما أن ذلك مقرر أيضا للغير الذى إتفق على الأداء لمصلحته ، أو للسلطة التى تشرف على الجهة الموهوب لها إن كان العوض مشترطا للمصلحة العامة إذ يعتبر العوض فى هاتين الحالتين هو الأداء الذى يلتزم به المتعهد (الموهوب له) فى إشتراط لمصلحة الغير مبرم بينه وبين الواهب.

وإذا إمتنع الموهوب له عن أداء العوض وكان متفقا عليه لمصلحة الواهب جاز للواهب ولورثته من بعده المطالبة بتنفيذه تنفيذا عينيا ، فإن تعذر التنفيذ العينى أمكن طلب التعويض وللواهب وورثته كذلك طلب فسخ الهبة بإعتبار أن الهبة بعوض من العقود الملزمة للجانبين ، ويتفادى الموهوب له الفسخ إذا عرض الوفاء عينا . أما إذا كان العوض الذى إمتنع الموهوب له عن آدائه مشترطا لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة، فإن الواهب له المطالبة بالتنفيذ العينى أوأن يطلب فسخ الهبة لعدم التنفيذ. وللغير أو للجهة المشرفة على المصلحة العامة المنشودة أن يطالبا أيضا بالتنفيذ العينى ، ولكن لايجوز لهما طلب الفسخ لأنهما ليسا من أطراف عقد الإشتراط لمصلحة الغير . وللغير أو الجهة الممثلة للمصلحة العامة مطالبة الواهب بما يعادل العوض إذا كانا قد قبلا الإشتراط لمصلحتهما الا إذا كان الاشتراط هبة يجوز الرجوع فيها.

والمفروض فى العوض أن يكون أقل من قيمة الشىء الموهوب والفرق هو الذى تتجلى فيه نية التبرع. أما إذا كان مساويا له فإن العقد يعتبر معاوضة. ولايجوز طبقا للمادة ٤٩٨ مدنى أن يزيد العوض عن قيمة الشىء الموهوب وإذا حدث ذلك وجب إنقاص العوض . وغالبا ما يكون الموهوب له على غير بينة من امره وهو يقبل هبة يزيد العوض الذى سيؤديه فيها عن الشىء الموهوب، ولذلك يجوز له أن يطلب إبطال الهبة للغلط الجوهرى فى القيمة.

وقد تقترن الهبة بشرط أن يقوم الموهوب له بسداد ديون الواهب . وتنص المادة ٤٩٩ مدنى على أنه:

"١- إذا إشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه فلا يكون الموهوب له ملزما الا بوفاء الديون التى كانت موجودة وقت الهبة هذا مالم يتفق على غيره.

"٢-وإذا كان الشىء الموهوب مثقلا بحق عينى ضمانا لدين فى ذمة الواهب أو فى ذمة شخص آخر فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين مالم يوجد إتفاق على غير ذلك".

ويخلص من هذا النص أن المتهب يكون مسئولا عن وفاء الديون التى كانت قائمة وقت إبرام الهبة ولا يلتزم بوفاء الديون التى تستجد بعدها . ولكن يجوز الإتفاق على أن يلتزم بالديون الجديدة بحيث لايزيد مجموع الديون التى يوفيها عن قيمة الشىء الموهوب. وقد يكون الشىء الموهوب محلا لتأمين عينى لدين على الواهب أو على شخص من الغير كان الواهب كفيلا عينيا له. وفى هذه الحالة يستخلص من هبة المال المرهون رهنا رسميا أو حيازيا أو الذى تقرر عليه حق إختصاص أو حق إمتياز ان الواهب والموهوب له قصدا أن تكون الهبة بعوض هو أداء الدين الذى يثقل الشىء. فيلتزم الموهوب له بسداده ولا يرجع على الواهب بما سدده ، ولكن فى حالة الكفالة العينية إنقسم الراى إلى قائل بأن الموهوب له يرجع على المدين المكفول كما كان يرجع عليه الواهب ، وقائل بأنه لايجوز له ذلك الرجوع(١) ، لأنه لو أجيز له الرجوع لصارت الهبة بغير

(١) السنهورى: الوسيط – ج ٦ – فقرة ١٢٢.

عوض . ويجوز أن يشترط الموهوب له عـدم التزامـه بسـداد الديـون المضمونـة بتأمين عينى على الشىء الموهوب وعندئذ يعتبر حائزا تتقرر له خيارات الحائز، وله الرجوع على الواهب، وإذا كان الدين فى ذمة الغـير جـاز لـه الرجـوع علـى المكفول كفالة عينية حسب أحد الرأيين المذكورين آنفا.

الفصل الثالث
الرجوع فى الهبة وآثاره

المبحث الأول
الرجوع فى الهبة

أحكام الهبة مستمدة من فقه المذهب الحنفى وهو يجيز الرجوع فى الهبة الا إذا وجد مانع من الرجوع . وهذا بخلاف المالكية والشافعية والحنابلة إذ لايجيزون الرجوع الا فيما يسمى بإعتصار الهبة ومعناه أن يرجع الأب فيما وهب لولده إستنادا الى الحديث الشريف:" لايحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده". وعند المالكية للأم إذا وهبت ولدها أن تعتصر الهبة إذا كان الولد صغيرا وله أب تجب عليه نفقته، أما إذا كان كبيرا كان لها الإعتصار فى جميع الأحوال . وعند الشافعية يجوز الرجوع فى الهبة للولد وولد الولد وان نزل اذ أن الأب (أو الجد) لايتهم فى الرجوع اذ لابد أنه ينشد مصلحة الولد أو الجأته الى ذلك ضرورة. وعند الحنفية يملك المتهب الشيء الموهوب ملكا غير لازم أخذا بالحديث: " الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها " ويرون أن الهبة متى تحقق الغرض منها لم يجز الرجوع فيه، وهذا الغرض قد يكون صلة الرحم ومتى تحقق ذلك لم يجز الرجوع، أو الحصول على عوض مالى أو أن يكتب له الثواب على الصدقة، أو أن يقوم بعمل من أعمال المجاملة. وفيما عدا هذه الحالات يكون أمر الرجوع للواهب إذا شاء ذلك. وقد أخذ التقنين المدنى من المذهب الحنفى جواز الرجوع بالتراضى مع الموهوب له وهو يعتبر تقايلا ، وأجاز الرجوع دون رضاء الموهوب له اذا وجد عذر مقبول لدى الواهب اقره عليه القاضى ولم يقم دونه مانع من موانع الرجوع.

فنصت المادة ١/٥٠٠ مدنى على أنه: " يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الوهوب له ذلك ".

وهذه الإقالة من الهبة تتم بإيجاب وقبول جديدين . وللإقالة أثر رجعى يجعل الهبة كأن لم تكن ولذا يجب حماية حقوق الغير حسن النية الذى كسبها من الموهوب له قبل الإقالة. والإقالة جائزة حتى ولو وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة وحتى لو لم يوجد لدى الواهب عذر مقبول.

ونصت المادة ٢/٥٠٠ مدنى على أنـه: " فـإذا لـم يقبـل الموهـوب لـه جـاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع متى كان يسـتند فـى ذلـك الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع " (١).

وهذا النص يعرض لحالات الرجوع فى الهبة بغير التراضى اى بالإلتجـاء للمحكمة للحكم بفسخ الهبة.

وهذا الرجوع يشترط فيه شروط هى :

١- الا يوجد مانع من الرجوع.
٢- ان يوجد عذر مقبول للرجوع.
٣- ان يصدر حكم بالرجوع.

ونفصل هذه الشروط فيما يلى:

اولا ـ موانع الرجوع :

تنص المادة ٥٠٢ مدنى على أن:
" يرفض طلب الرجوع فى الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

"أ- إذا حصل للشىء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته. فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

"ب- إذا مات أحد طرفى عقدالهبة.

"ج- إذا تصرف الموهـوب لـه فـى الشـىء الموهـوب تصرفـا نهائيـا. فـإذا إقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع فى الباقى.

---

(١) نقل المشرع أمثلـة الاعذار المسـوغه للرجوع فـى الهبـة عن التقنين الألمـانى – المادة ٥٣٩ والبولونى المادة ٣٦٤ واللبنانى المادة ٥٢٤ كما نقل موانع الرجوع المعروفة فى الشريعة الإسلامية من قانون الأحوال الشخصية – المواد ٥١٥ ، ٥٢٣ ، ٥٣٦، ٥٢٩.
انظر: عرفة– ص ٣٣٦.

"د- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد إنقضاء الزوجية.

"هـ - إذا كانت الهبة لذ ى رحم محرم.

"و- إذا هلك الشىء الموهوب فى يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث اجنبى لايد له فيه أو بسبب الإستعمال. فإذا لم يهلك الا بعض الشىء جاز الرجوع فى الباقى.

"ز- إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة.

" ح - إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر".

يقرر هذا النص ثمانى حالات تجعل الهبة لازمة لايجوز الرجوع فيها، ويقسمها الفقه- لتسهيل دراستها- الى موانع مصاحبة لابرام الهبة وموانع مستجدة بعد انعقادها.

١- الموانع المصاحبة للهبة :

هذه الموانع تشمل الهبة بعوض وهى تكون لغرض دنيوى ، والصدقة وأعمال البر والغرض فيها اخروى ، والهبة بين الزوجين والقصد فيها إستدامة المحبة والمجامله، والهبة لذى الرحم المحرم والغرض فيها هو صلة الأرحام وما يترتب عليه من ثواب.

فالهبة بعوض تمنع الواهب من الرجوع فى هبته متى أدى الموهوب له العوض أو التزم بما فرضته الهبة من شروط. ويجب أن يكون تقديم العوض قد تم، أما إذا لم يقدم فإن الواهب يجوز له طلب الرجوع وقد يستخدم حقه فى فسخ الهبة لعدم تنفيذ الإلتزام المقابل. ولا يلزم أن تكون الهبة بعوض من وقت ابرامها بل يمكن ان يؤدى الموهوب له عوضا فى هبة بغير عوض . فتصبح هبة بعوض وتصير لازمة إستنادا الى حديث " الوهب أحق بهبته مال يثب عنها ". ولكن إذا وهب الموهوب له شيئا للواهب دون أن يوضح انه عوض عن الهبة

السابقة فإنه يعتبر هبة مبتدأة ، فيكون لكل منهما الرجوع فى هبته إذ لا إرتباط بينهما .

كذلك لايجوز الرجوع فى الصدقة ولو كانت لغنى ، وتتساوى معها فى ذلك أعمال البر من إنشاء المستشفيات والمدارس ودور الرعاية الإجتماعية.

ولايجوز أيضا الرجوع فيما يهبه أحد الزوجين للآخر أثناء قيام الزوجية سواء قبل الدخول أو بعده. وبناء على ذلك فإن الهبة السابقة على الزوجية اى أثناء الخطبة يجوز الرجوع فيها إذا فسخت الخطبة، والهبة بعد الطلاق يجوز أيضا الرجوع فيها.

ولا يجوز الرجوع فى الهبة الصادرة لذى رحم محرم، وذو الرحم المحرم يجتمع فيه وصفان الرحم والمحرمية ولا يكفى وجود أحدهما دون الآخر، فالهبة لذى رحم غير محرم كأولاد الخالات والأخوال والعمات والأعمام يجوز الرجوع فيها ، والهبة لمحرم غير ذى رحم مثل أم الزوجة والأخت من الرضاع يجوز الرجوع فيها(١).

٢- الموانع الطارئة بعد إنعقاد الهبة :

قد تحدث بعد إنعقاد الهبة وفاة احد طرفيها. فإذا مات الواهب لم يكن لورثته الرجوع فيها لأن الرجوع يعتبر من الحقوق المتصله بشخص الواهب فلا يورث. وإذا مات الموهوب له فإن حقهم فى الميراث عن الموهوب له يرجح على حق الواهب فى الرجوع لأنه اقوى منه. وعند الحنفية أن الملك لم ينتقل اليهم من جهة الواهب بل من جهة المورث، ثم أن تبدل الملك كتبدل العين فيعتبر الشيء الموهوب عينا أخرى.

ويمنع ايضا من الرجوع فى الهبة هلاك الشيء الموهوب فى يد الموهوب له لسبب أجنبى أو بفعل الموهوب له نفسه أو نتيجة إستعماله له. وإذا كان

---

(١) السنهورى: الوسيط - ج ٥ - الفقرات ١٣٤- ١٣٧. وقد قضت محكمة النقض بأن الهبة المعلقة على شرط فاسخ تحقق فيما بعد تؤدى الى جواز إسترداد الواهب ماوهبه ولا يجوز للموهوب له التمسك بقيام مانع من الرجوع فى الهبة. نقض ١٩٧٨/٣/١٦- الموسوعة الذهبية - عبد المنعم حسنى - ج ١٠- ص ٧٢٤.

الهلاك جزئيا أمكن الرجوع فى هبة ما تبقى منه. ويستوى مع الهلاك فى الحكم تبدل الحال مثل هبة قمح صنع خبزا أو ذهب صيغ حليا أو لبن تم تصنيع جبن أو سمن منه.

ويمتنع الرجوع فى الهبة إذا تصرف المتهب فى الشيء الموهوب بالبيع أو الهبة أو بوقفه أو بغير ذلك من التصرفات. ولكن إذا أبطل التصرف أو فسخ وعاد الشيء لملك الموهوب له جاز للواهب الرجوع. وهكذا يستطيع المتهب أن يعطل حق الرجوع بالتصرف فى الشيء الموهوب . لذلك كنا نفضل أن يكون الحكم فى هذه الحالة هو امكان إفادة الواهب من نظرية الحلول العينى بأن يمارس الواهب حقه فى الرجوع ويحصل على ما يحل محل الشئ من تعويض إذا هلك أو مبلغ تأمين وأن يقتضى من مشتريه الثمن إذا بيع وكان الثمن لا يزال مستحقا فى ذمة المشترى .

وإذا انصب التصرف على جزء من الشيء، فيجوز الرجوع بالنسبة للباقى منه.

ويمتنع الرجوع فى الهبة إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد فى قيمته سواء كانت متولدة منه مثل الزرع والنبات فى الأرض الموهوبة أو نمو الحيوان الموهوب وكبره أو كانت زيادة غير متولدة منه مثل الطمى والبناء والغراس اذ يفضل حق الموهوب له فى نماء ملكه على حق الواهب فى الرجوع. وإذا زالت الزيادة أمكن الرجوع كما لو حصد الزرع ، أو ازيل البناء أو قلع الغرس. وإذا كانت الزيادة منفصلة امكن الرجوع، سواء كانت متولدة عن الشيء مثل ولد الماشية أو غير متولدة عنه مثل ريع الدار، فيأخذها الموهوب له ويرد الشيء الموهوب .

ثانيا ـ العذر المقبول

تنص المادة ٥٠١ مدنى على أنه:

" يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع فى الهبة:

"أ- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه.

"ب- أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الإجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير".

"ج - أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حى".

ويتضح من عبارة النص" يعتبر بنوع خاص" أن الإعذار الثلاثة المذكورة هى مجرد أمثلة على الإعذار التى يعرض امرها على القضاء ، ويمكن أن يوجد غيرها، وهذه الأعذار الثلاثة هى الأكثر شيوعا، فيجوز الرجوع فى الهبة لعدم آداء العوض أو بإلتزام مفروض على الموهوب له.

وجحود الموهوب له جحودا كبيرا نحو الواهب أو أحد من أقاربه قد يكون بإيذاء الواهب أو الإعتداء على حياته أو حياة قريب له أو يسبه أو يقذف فى حقه أو يعتدى على ماله أو عرضه وقد لايصل الجحود الى تكوين جريمة جنائيه ومع ذلك يعتبر جحودا كبيرا، وقد يرتكب الموهوب له جريمة لاتعتبر جحودا مثل إصابته خطأ للواهب أو إستخدامه حق الدفاع الشرعى ضد أحد من أقاربه. والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كان الجحود الحاصل يبرر فسخ الهبة ومتى حكم القاضى بإعتبار ما صدر من الموهوب له جحودا كبيرا وفسخ الهبة فلا تعقيب عليه من محكمة النقض.

كذلك يقبل من الواهب عذر عجزه عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن نفقة من وجبت عليه نفقتهم.

ولا يشترط أن يصير الواهب فقيرا بل يكفى الضيق المالى ، ولايمنع من الرجوع أن يعرض الموهوب له الإنفاق على الواهب ومساعدته. ويقدر القاضى ما إذا كان العجز أو الضيق يبرر الرجوع.

ومن الأعذار التى يجب قبولها أن يرزق الواهب ولدا بعد أن لم يكن له ولد،وكلمة الولد تشمل الذكر والأنثى. فإذا كان له ولد واحد ورزق ولدا ثانيا لم يجز له طلب الرجوع فى الهبة.

والولد المولود أو الذى ظهر حيا بعد أن ظنه ميتا يجب أن يظل حيا الى وقت الرجوع.

ومتى تبين وجود الولد المفقود أو ولادة الولد الوحيد فإن القاضى يجب أن يحكم بالفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية(١).

ثالثا ـ صدور حكم بفسخ الهبة

فالهبة لا تفسخ بإرادة الواهب المنفردة فى هذه الحالات بل بحكم القاضى . فإذا رفض القاضى لم يكن أمام الواهب سوى أن يسعى للتقايل مع الموهوب له كما تقدم .

المبحث الثانى

آثار الرجوع فى الهبة

تنص المادة ٥٠٣ مدنى على أنه:

"١- يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة كان لم تكن.

"٢- ولا يرد الموهوب له الثمرات الا من وقت الإتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية اما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشيء الموهوب".

---

(١) السنهورى: الوسيط - ج ٥ - الفقرات ١٤٣ - ١٤٧. وقد أضاف مشروع التقنين المدنى الإسلامى أن وفاة الواهب لاتمنع من الرجوع فى الهبة اذا رزق ولدا أو ظهر ولده الذى كانت تظن وفاته (إنظر المادتين ٤٧٢ و ٤٧٣).

كذلك تنص المادة ٥٠٤ مدنى على أنه:

"١- إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب بغير التراضى أو التقاضى كان مسئولا قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب اجنبى لايد له فيه أو بسبب الإستعمال.

"٢- أما إذا صدر حكم بالرجوع فى الهبة وهلك الشيء فى يد الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم فيكون الموهوب له مسئولا عن هذا الهلاك ولو كان الهلاك بسبب اجنبى".

يترتب على الرجوع فى الهبة فيما بين الواهب والموهوب لـه فسخ الهبة، وتعتبر الهبة كأن لم تكن طالما أن الفسخ لـه أثر رجعى فيما بين المتعاقدين ويستوى فى ذلك أن يكون الفسخ تقايلا إتفاقيا أو بحكم القاضى. وليس للموهوب له أن يحتفظ بالشيء الموهوب فإذا هلك بفعل من المتهب أو بإستهلاكه له ضمن الهلاك ووجب عليه التعويض، أما إذا كان الهلاك لسبب اجنبى فالهلاك على الواهب الا إذا كان قد اعذر الموهوب له بالرد فيكون الهلاك على الموهوب لـه. وتبقى ثمار الشيء ملكا للموهوب له الى يوم التراضى على الرجوع أو من يوم رفع دعوى الرجوع للعذر ويصبح سيء النية بعد ذلك فلا يتملك الثمار ويلزم بردها. وللموهوب له الرجوع بالمصروفات الضرورية على الواهب اما النافعة فيرجع بأقل القيمتين: ما انفقه أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات. ولايرجع بشيء من المصروفات الكمالية ويجوز لـه ان ينزع ما استحدثه من منشآت ويعيد الشيء الى حالته الأولى الا إذا اختار الواهب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (المادة ٣/٩٨٠ مدنى). ويمكن للواهب أن يقسط الوفاء بالمصروفات على أقساط دورية مع تقديم الضمانات اللازمة طبقا للمادة ٩٨٢ مدنى.

اما بالنسبة للغير فإن الرجوع فى الهبة ليس له اثر رجعى، ويجب حماية حقوق الغير حسن النية. فإذا كان الموهوب له قد تصرف فى الشيء بنقل ملكيته أو ترتيب حق عينى عليه امتنع الرجوع لا لانتفاء الأثر الرجعى بل لامتناع الرجوع اصلا. وللواهب مطالبة الموهوب لـه بتعويض يقوم مقام الشيء الموهوب ، وإذا كان الموهوب له قد رتب حقا عينيا على الشيء كحق إنتفاع أو إرتفاق أو رهن فإذا كان الموهوب عقارا لم يسر حق الغير قبل الواهب عند

الرجوع إذا لم يكن قد تم تسجيل هذا الحق ويرجع الغير على الموهوب له بالتعويض إن كان له حق فيه. أما إذا سجل الحق العينى قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع فإن الحق يحتج به على الواهب إذا كان الغير حسن النية لايعلم وجود عذر مقبول للرجوع فى الهبة ولا يسرى حقه فى مواجهة الواهب إذا كان يعلم بوجود هذا العذر.

أما إذا كان الشىء منقولا وتم الرجوع بالتراضى فلا يؤثر الرجوع على حقوق الغير ويعود الشىء للواهب مثقلا بها . أما إذا تم الرجوع بحكم قضائى فإن حكم القضاء يكون له أثر رجعى بالنسبة الى الغير مالم يكن الغير قد حاز الحق بحسن نية وحاز المنقول ليمارس حقه بحسن نية إذ تحميه قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ولا يسترد الواهب المنقول الا مثقلا بهذا الحق .

الباب الثانى

عقد الصلح

الصلح يعرفه القانون المدنى المصرى فى المادة ٥٤٩ بقوله:

" الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه " (١).

الصلح عقد، يتم بين طرفين متنازعين على حق معين، فهما يدعيان نفس الحق. ومن شأن الصلح بينهما أن يقضى على النزاع بواسطة نزول كل منهما عن جزء مما يدعيه، أو تقديم أحدهما للآخر مالا مقابل تخلى هذا الآخر عن إدعاءاته قبله.

ولبيان أحكام عقد الصلح نقسم هذا الباب الى فصول تتناولها وهى:

الفصل الأول : خصائص وعناصر الصلح وتمييزه عما سواه.

الفصل الثانى : أركان الصلح.

الفصل الثالث : آثار الصلح.

الفصل الرابع : جزاء الإخلال بالصلح.

الفصل الأول

خصائص وعناصر الصلح
وتمييزه عما سواه

خصائص الصلح : من تعريف القانون للصلح تتبين خصائصه وهى:

أولا : هو عقد رضائى: حتى وأن أشترطت الكتابة فيه أحيانا فانه يبقى مع ذلك عقدا رضائيا، لأن الكتابة فيه مشترطة للاثبات.

ثانيا : هو عقد معاوضة: لأن كل طرف فيه يأخذ ويعطى، يعطى جزءا مما يدعيه مقابل أخذه جزءا من إدعاء الطرف الآخر ينزل له عنه. فاذا كان احد الطرفين ينزل عن ادعائه دون أخذ شئ من الطرف الآخر لم يكن هذا صلحا.

ثالثا: هو عقد ملزم للجانبين: لأن كل طرف فيه يلزم بعدم المطالبة بما نزل عنه.

رابعا: قد يكون الصلح عقدا محددا وقد يكون احتماليا: فيكون محددا اذا كان كل طرف قد نزل عن شئ معلوم ومعين، ويكون احتماليا، إذا تخلى طرف عما يدعيه فى ملكيه مال مقابل ايراد عمرى. فهذا الايراد غير محدد لانه يتوقف على عمر أحد الطرفين، وهو أمر لا يعلمه الا الله.

---

(١) النصوص العربية الاخرى المقابلة هى: المادة ٥١٧ مدنى سورى (مطابقة)، والمادة ٥٤٨ مدنى ليبى (مطابقة)، والمادة ٦٩٨ مدنى عراقى تنص على أن "الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضى"، ولم ينص على نزول كل طرف عن جزء من إدعاءاته والمادة ١٠٣٥ موجبات لبنانى (موافقة)، والفصل ١٠٩٨ التزامات مغربى موافقة وانظر ايضا: المادة ٢٠٤٤ مدنى فرنسى، والمادة٧٧٩ مدنى المانى، والمادة ١٨٠٩ مدنى اسبانى، والمواد ١٥٣١ و ١٥٣٦ و١٥٥٠ و١٥٥١ و١٥٥٥ من المجلة، والمواد ١٠٢٦ و١٠٣١ و١٠٣٧ و١٠٤٤ من مرشد الحيران . وانظر ايضا: خليل ٤-٨٨ الى ٩٠، التاودى والتسولى: ١-٢٣، الدر المختار ٤-٦٥١. وانظر ايضا :

DIGESTE, II, 15, 1, 8; CODE, XI, 4, 2, 6, 9, 11, 12 , 17.

عناصر الصلح، من تعريف الصلح ايضا يمكن استخلاص عناصره، وهى ثلاث نبينها فيما يلى :

١ – وجود نزاع قائم أو محتمل : والنزاع هنا معناه أن يدعى كل طرف لنفسه الحق. فيتمسك شخصان مثلا بملكية أرض، كل منهما يدعى أنه يملكها بكاملها. وقد يكون لدى كل منهما سند، وقد يكون لدى أحدهما فقط سند، وقد لايكون لدى أى منهما سند، ومع ذلك يدعى كل منهما نفس الحق الذى يدعيه الآخر لنفسه. وقد يصل النزاع إلى القضاء ويتم الصلح فى هذه المرحلة فيسمى صلحا قضائيا، وقد لايعرض النزاع على القضاء فيكون نزاعا محتملا، ويسعى الطرفان إلى إنهائه صلحا اتقاء لاستمراره. وقد يثور النزاع بصدد تفسير حكم صادر فى نزاع بينهما، فإذا اتفقا على تفسير معين له كان هذا صلحا.

٢ – توافر النية لحسم النزاع : وذلك بأن يكون غرض كل من الطرفين انهاء النزاع أو اتقائه قبل قيامه. فقد يكون النزاع معروضا على القضاء ويتصالح الطرفان فى مجلس القضاء أو خارجه، ويتقدمان بما تصالحا عليه الى المحكمة لتصدق عليه، وبالتصديق عليه وادراجه فى محضر الجلسة يصبح الصلح ورقة رسمية، وهذا يستوجب أن يكون الطرفان حاضرين فى الجلسة، لان القاضى يقوم فى هذه الحالة بمهمة توثيق ما اتفقا عليه. وهذا لا يجوز الا فى حضورهما. ومع ذلك يجوز للقاضى فى غيبة أحد الطرفين ان ينظر فى الصلح الموقع عليه من الطرفين ويقدر قيمته كدليل فى الاثبات ويصدر حكمه بناء عليه، وفى هذه الحالة لا يكون الصلح ورقة رسمية، ولا يكون الطعن فيه بالطرق المتبعة فى المحررات الموثقة بل بالطرق المقررة للطعن فى الحكم ذاته (١).

وقد يلجأ الطرفان إلى اجراء لا يتعلق بجوهر الحق المتنازع عليه ويتفقان على القيام به، فمثلا اذا كان نزاعهما حول ملكية منقول سريع التلف واتفقا على بيعه وايداع الثمن فى خزينة المحكمة فليس هذا بصلح، لان الطرفين ينتظران

---

(١) وبالعكس يكون الصلح الذى صدق عليه القاضى سندا واجب التنفيذ ولكنه ليس بحكم، والطعن فيه يكون بوسائل الطعن فى الاوراق الرسمية (التزوير) وليس بطرق الطعن فى الاحكام القضائية: انظر : السنهورى: ج ٥ – فقرة ٣٥٥– ص ٥٢٤–٥٢٥.

ما تفصل به المحكمة فى النزاع حول الملكية، فيقبض الثمن المودع من يقضى لصالحه.

وقد لا يحدد الصلح الحلول فى كل النقاط المتنازع عليها بل يحل بعضها ويترك البعض الآخر للمحكمة. وهذا يعتبر صلحا رغم ذلك.

٣- نزول كل طرف عن جزء من ادعاءاته: لا يتم الصلح الا إذا كان كل طرف قد اسقط جزءا مما يدعيه فى سبيل الحصول على الباقى من ادعاءاته. فاذا تنازل طرف عما يدعيه كله ولم يأخذ شيئا لم يكن هذا صلحا بل يكون ابراء أو تركا للادعاء أو تسليما بحق الخصم. وهذه كلها تختلف عن الصلح.

تمييز الصلح عما سواه :

أولا ـ الصلح والابراء : رأينا أن الصلح يختلف عن الابراء، فالابراء يقع بارادة منفردة أما الصلح فهو عقد يتم باجتماع ارادتين، والابراء اعطاء بلا مقابل أى تبرع، أما الصلح فهو معاوضة يحصل فيه المتصالح على جزء من ادعائه. ولا ينزل عن ادعائه كله.

ثانيا ـ الصلح وإجازة العقد الباطل : الاجازة تنهى قابلية العقد للابطال وتصححه، فاذا تمت بلا مقابل لم تكن صلحا، وهى ايضا تقع بارادة منفردة . أما إذا تمت الاجازة بناء على اتفاق بين الطرفين مقتضاه أن يجيز أحدهما العقد، وينزل الطرف الآخر عن جزء من الاداء الذى يستحقه، فهذا يعتبر صلحا.

ثالثا ـ الصلح واليمين الحاسمة : يقوم الصلح على نزول كل طرف عن جزء من ادعائه، فهو تضحية متبادلة من الجانبين، أما اليمين الحاسمة فهى تضحية من جانب الطرف الذى وجهها لأن الطرف الاخر إذا حلفها كسب الحق استثناء من القواعد العامة.

الفصل الثانى

أركان الصلح

يجب فى هذا الفصل أن نتحدث عن الأركان المعروفة وهى الرضى والمحل والسبب.

التراضى : يتم عقد الصلح بايجاب وقبول من الطرفين يتحدد فيهما الجزء الذى نزلا عنه من إدعاءاتهما. وهذا يقتضى أن يكون الطرفان قد تجاوزا مرحلة المفاوضات وقطعا برأى فى نزاعهما، فيجب أن يكون واضحا توافق ارادتيهما ومضمون ما توافقتا عليه، وإلا كان الصلح نفسه مثارا لنزاع جديد حول ما إذا كان الاتفاق عليه قد تم أم لا.

وتطبيقا لما تقدم قضى القضاء المصرى بأنه اذا عرض على المضرور الصلح فأبى، لم يكن صاحب العرض مقيدا بعرضه، بل يجوز له أن يناقش مبدأ المسؤولية ذاته ليثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أن الضرر ليس ناتجا عن فعله. واذا اظهر الدائن الاستعداد للنزول عن جزء من حقه ولم يستجب المدين لهذا العرض، جاز للدائن ازاء رفض المدين أن يطالب بحقه كله، واذا سكت أحد الطرفين فى مجلس الصلح فلا يعتبر سكوته قبولا، لان الحقوق لا تسقط بالاستنتاج والاحتمال. ومع ذلك فان قبول الصلح يجوز أن يكون ضمنيا، فقبول سند أذنى وتظهيره الى مصرف يتولى تحصيل قيمته يتضمن قبول الصلح الذى هو سبب السند الاذنى. والايجاب بالصلح وحده لا يتجزأ فلا يجوز قبوله جزئيا ، واذا كان أحد الطرفين قد قبل جزءا من حقه المستحق الاداء، فلا يعتبر هذا قبولا ضمنيا لعقد صلح، حتى وان ادعى المدين انه دفع هذا الجزء على سبيل الصلح، ما دام الدائن لم يظهر أى قبول لهذا الصلح المدعى به. واذا فشل مشروع صلح أعده شخص توسط بين الطرفين، فلا يحتج على الطرفين بهذا المشروع(١) واذا قبل المضرور عطاء من مرتكب الفعل الضار فقد يكون مرتكبه لم يقصد به الاقرار بمسؤوليته، والمضرور لم يقبل بذلك اسقاط حقه فى التعويض(٢).

---

(١) السنهورى: الوسيط – ج ٥ – هامش رقم ١.
(٢) موسوعة دالوز – ج ٥ – الصلح فقرة ٤٧ ، السنهورى : ج ٥ ص ٥٢٢ هامش رقم ١.

ويجب أن تتوافر فى كل من طرفى عقد الصلح أهلية التصرف، لانهما يبرمان عقد معاوضة. ويجب أن يكون رضاء كل من طرفى الصلح خاليا من عيوب الارادة: الغلط والتدليس والاكراه. وأكثر ما يفسد الرضاء فى الصلح هو التدليس بالذات، والغلط فى القانون لا يعيب الصلح. وينتقد الفقه الفرنسى الحديث منع الاحتجاج بالغلط فى القانون، ولكن يبدو مع ذلك أن هذا المنع يجد مبررات كافية تسنده. ذلك أن الاطراف انما يعقدون الصلح على أساس تطبيق حكم القانون على النزاع سواء كانوا يعلمون هذا الحكم أم كانوا يجهلونه، فاذا تبين أن احد الاطراف كان يعتقد أن حكم القانون فى صالحه ثم تبين له غير ذلك فهذا ليس من شأنه أن يجعله يمتنع عن التعاقد لو علمه من أول الأمر فيعتبر غلطه غير دافع، فحكم القانون مازال هو لم يتغير قبل علمه وبعده (١). وقد توسع القضاء الفرنسى فى حكم الغلط فى القانون فجعله ينطبق على الغلط فى الواقع اذا كان هذا الغلط غير مغتفر، فاذا تصالح شخصان على سند باطل وكانا واقعين فى غلط فى الواقع وغلط فى القانون فان الصلح لا يبطل اذا تبين انه كان ينبغى عليهما أن يدركا بطلان السند(٢).

أما عيوب الارادة الاخرى فيجوز التمسك بها فى عقد الصلح ويتمسك أى من طرفى عقد الصلح بالاكراه الذى شاب ارادته أو التدليس الذى وقع عليه، ويتمسك بالغلط فى الواقع متى كان غلطا دافعا الى التعاقد، سواء وقع فى شخص من تصالح معه، أو فى صفة فى الشئ أو الحق المتنازع فيه. أو كان غلطا فى الحساب، وذلك كله طبقا للقواعد العامة فى عيوب الارادة، ولا يستثنى من ذلك سوى الغلط فى القانون. ويلاحظ أن شركات التأمين فى فرنسا تضع شروطا فى عقود الصلح تحميها من المطالبة بابطالها اذا تبين للمضرور ضرر جديد أو تفاقم الضرر السابق، فتشترط شركات التأمين على المضرور أن يوقع على كونه قبل الصلح تنازل عن المطالبة بأية مبالغ أخرى عن الاضرار التى تتكشف عنها الاصابة، ورغم ان القضاء الفرنسى قد أقر صحة هذه الشروط الا ان الفقه ينتقده ، لان المتعاقد يعتبر واقعا فى غلط، ولا تصح أجازة هذا العقد المشوب بغلط الا بعد أن ينكشف الغلط(٣).

---

(١) أوبروى ورو واسمان: ج٦ – رقم – فقرة ٤٢٢

(٢) السنهورى: الوسيط ج٥ – فقرة ٣٦٣ – ص ٥٤٠-٥٤١.

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه: ج ١١ – فقرة ١٦٠١، السنهورى: الوسيط – ج٥ – فقرة ٣٦٥ – ص ٥٤٤.

كذلك يمكن التمسك بالغلط اذا كان السند المتصالح عليه سندا مزورا والغلط فى هذه الحالة واقع أما فى الشئ أو فى الباعث. ويستوى أن يكون التزوير صادرا من الطرف الاخر ام من الغير. وكذلك الشأن بالنسبة للسند غير الموجود.

واذا كان الصلح واردا على واقعة سبق الفصل فيها بحكم غير قابل للاستئناف والطرفان يجهلان وجوده أو يجهل ذلك أحدهما، فانه يحق لمن كان يجهل ايا من هذه الامور ان يتمسك بالبطلان النسبى بسبب الغلط الجوهرى فى الباعث بل ويكون له ان يتمسك بالبطلان المطلق على اساس أن أحد عناصر الصلح ومقوماته غير موجود وهو النزاع. والطرف الذى يتمسك بالبطلان أو الابطال لاسباب ليست من الاسباب التى ذكرناها يجب عليه الا يتمسك بها على وجه يجافى حسن النية. فاذا ثبت انه سئ النية، وكان يعلم مثلا بطلان السند أو كونه مزورا أو يعلم بالحكم أو الصلح الذى حسم النزاع، فلا يجوز له الطعن على الصلح بابطال ولا ببطلان(١).

المحل : محل الصلح حق متنازع عليه، ونزول متبادل من الجانبين عن جزء من ادعاءاتهما، ويدخل فى محل الصلح: بدل الصلح وهو المال الذى يتفقان على أن يقدمه احدهما للاخر مقابل نزول الاخر عن ادعاءاته.ويجب أن يكون محل الصلح موجودا أو ممكنا، معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والاداب.

وتطبيقا لذلك لا يجوز التصالح على تعديل الامور التى تتصل بالنظام العام أو النزول عنها، كالحالة الشخصية أو الاهلية وما يتفرع عنهما. فلا يجوز التصالح على الاقرار بالجنسية لشخص أو نفيها عنه، أو على تعديل احكام الولاية أو على الاقرار بالاهلية لقاصر، أو على حقوق الشخصية الاخرى الخارجة عن دائرة التعامل.

---

(١) يلاحظ أن الحالات المذكورة قد وردت فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى، وحذفت فى النهاية لامكان استمدادها من القواعد العامة دون نص. السنهورى: الوسيط – ج ٥ – فقرة ٣٦٦ – ص ٥٤٥ وما بعدها).

ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية المتعلقة بهذه الامور. فالصلح على حق النفقة غير جائز. أما الصلح على تقسيطها أو على ايجاد طريقة لادائها فهو جائز. والصلح على الجريمة غير جائز سواء مع المجنى عليه أو المدعى بالحق المدنى أو النيابة العامة. فالدعوى الجنائية تتعلق بالنظام العام وهى حق المجتمع الذى لايجوز التصالح عليه ولكن يجوز الصلح على الحقوق المالية من قبل المدعى المدنى. وذلك بتقدير التعويض (١) ، ولا يجوز التصالح مع شخص على سحب شكوى فى جريمة مقابل مبلغ من المال. ولا يجوز الصلح مع مصلحة الضرائب على التسليم لمدين بأنه لا يخضع للالتزام بالضريبة، وانما يجوز التصالح على تقسيط الضريبة أو انقاصها فى حدود ما يسمح به القانون الضريبى. ولا يجوز التصالح على أداء فوائد ربوية، ولا يجوز التصالح على اموال الدولة وهى خارجة عن دائرة التعامل(٢) كذلك لا يجوز التصالح على الامور التى تحرمها الشريعة الاسلامية. ولا يجوز التصالح على اسقاط صفة الوارث عن شخص، ولكن يجوز للوارث التخارج مع الورثة الاخرين أو على النزول لبعضهم عن جزء من نصيبه بعد ثبوته(٣).

السبب : وهو الباعث الدافع الى التعاقد. وهذا الباعث يختلف من شخص لاخر: فقد يكون الباعث هو الرغبة فى الابقاء على الود أوصلة الرحم أو غير ذلك من الامور التى يقدرها كل شخص فى محيطه النفسى وهذا الباعث يجب دائما أن يكون مشروعا، فاذا كان غير مشروع بطل الصلح، كما لو عقد صلحا مع سيدة لاقامة علاقة آثمة معها.

---

(١) عرفه : ص ٣٧٧

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه: ج ١١ - الفقرات ١٥٧٧ - ١٥٧٨. السنهورى: الوسيط ج ٥ - الفقرات ٣٦٩- ٣٧١ - ص ٥٥٦-٥٦٠.

(٣) تنص المادة ٥٥١ مدنى على انه "لايجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم". وتطابق هذا النص المادة ٥١٩ مدنى سورى والمادة ٥٥٠ مدنى ليبى وتوافقه المواد ٧٠٤-٧٠٦ مدنى عراقى والمواد ١٠٣٧-١٠٤٠ موجبات لبنانى وتوافقه كذلك المادة ١١٠٠ التزامات مغربى. وانظر ايضا: المادة ٢٠٤٦ مدنى فرنسى والمادة ١٨١٣ مدنى اسبانى، وانظر ايضا: خليل: ٤-٩٩، ابن فرحون ١-٥٤ و٢-١٥٣. وانظر ايضا:

DIGESTE, L, 17, 45, §1, II, 14, 7§ 14, 17,§ 14, 27, § 4.

بطلان الصلح : اذا كان الصلح باطلا أو قضى ببطلانه فإن الأصل أن الصلح لا يتجزأ عند تطبيق البطلان عليه. وقد نصت على ذلك المادة ٥٥٧ مدنى بقولها:

" ان الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضى ببطلان العقد كله على أن هذا الحكم لا يسرى اذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف ان المتعاقدين قد اتفقا على ان اجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض " (١).

وطبقا لهذا النص اذا تصالح شخصان على أرض ومنزل ثم ظهرت سندات مزورة تتعلق بالارض وكانت دافعة الى ابرام الصلح، فان البطلان لا يقتصر على الشق الخاص بالارض. وانما يشمل الارض والمنزل، الا اذا تبين ان الطرفين اتفقا على ان كل شق مستقل عن الاخر. فيبقى الاتفاق الخاص بالمنزل صحيحا. واذا تصالح المجنى عليه مع الجانى علىالنزول عن الدعويين الجنائية والمدنية لقاء مبلغ من المال فان الاتفاق باطل فيما يتعلق بالدعوى الجنائية، ولارتباط الدعوى المدنية به فان الاتفاق كله يبطل، ولكن اذا تبين أن الطرفين قصدا تحديد مبلغ معين لكل من الدعويين، فان الاتفاق على مبلغ مقابل التنازل عن الدعوى المدنية يبقى وحده صحيحا(٢).

---

(١) تطابق هذا النص المادة ٥٢٥ مدنى سورى والمادة ٥٥٦ مدنى ليبى والمادة ٧٢٠ مدنى عراقى . وتوافقه المادة ١٠٥٠ موجبات لبنانى والفصل ١١١٤ التزامات مغربى.
(٢) السنهورى : الوسيط – ج ٥ – فقرة –٣٦٧ – ص ٥٤٩–٥٥٣

الفصل الثالث

آثار الصلح

ينتج عن انعقاد الصلح أن يحسم النزاع بين اطرافه، وأن أثر الصلح كاشف وقلما يكون ناقلا، وأن اثر الصلح نسبى، وانه يرتب على عاقديه التزاما بضمان الاشياء التى قدمها احيانا.وفيما يلى ايضاح لهذه الآثار المختلفة.

حسم النزاع : تنص المادة ٥٥٣ مدنى على ان " ١- تنحسر بالصلح المنازعات التى تناولها ٢- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا (١) .

وهذا النص يبين كيفية حسم النزاع بواسطة الصلح فيبين أن للصلح أثر انقضاء وأثر تثبيت.فكل من طرفى الصلح قد نزل عن جزء من ادعاءاته فى مقابل الحصول على باقى ادعاءاته أو على مقابل اخر يعتبر بدلا للصلح . فالجزء الذى نزل عنه كل من الطرفين ينقضى بابرام الصلح، وهذا هو اثر الانقضاء ، والجزء الذى خلص بتسليم الطرف الاخر فيه تتأكد ملكيته له ، وهذا هو أثر التثبيت.

ويترتب على ذلك ان الصلح يقطع التقادم مكسبا كان أو مسقطا. فاذا كان الحائز قد حاز ارضا متنازعا عليها بينه وبين اخر لمدة خمس سنوات ثم تصالح معه هذا الآخر وسلم لم بملكية الارض، فان مدة الخمس سنوات التى سرت لصالح الحائز تنقضى ولا يكون له ان يتمسك بها من بعد اذا حاز الارض مدة

---

(١) وتطابق هذه المادة: المادة ٥٢١ مدنى سورى والمادة ٥٥٢ مدنى ليبى والمادة ١٠٤٢ موجبات لبنانى وتوافق المادة ١١٠٥ التزامات مغربى وانظر ايضا: المادة ١٨١٦ مدنى اسبانى والمواد ١٥٥١ و١٥٥٢ و١٥٥٦ و١٥٥٩ و١٥٦٥ من المجلة والمادتين ١٠٤٥ و١٠٤٨ من مرشد الحيران" وانظر ايضا: ابن نجيم ١-٣٢٣، ابن فرحون ١-٥٣ و٥٤، التاودى والتسولى ١-٢٣٠، ابن عاصم ٣٢٢، وانظر ايضا:

DIGESTE, XII, 6,23 &3; CODE, II, 4, 5,10,16,24,20,34, 39,3,21.

اخرى. واذا كان المدين قد استفاد من تقادم مسقط للدين عنه مدة ثلاث سنوات ثم تصالح مع الدائن ، فان مدة السنين الثلاث السابقة على الصلح ينتهي أثرها ويبدأ تقادم جديد من تاريخ الصلح .

ومتى تم الصلح فلا يجوز الرجوع فيه الا باتفاق الطرفين، لان في ذلك تجديدا للنزاع، والصلح يشبه الحكم القضائي من حيث أنه من أثرهما انهاء النزاع، ومع ذلك يختلف الصلح عن الحكم القضائي من نواحي عديدة: فالصلح يتم بعقد ويقع دون دعوى قضائية، أما الحكم فلا يصدر الا في خصومة مطروحة على القضاء. والصلح لا يقبل التجزئة في الاصل أما الحكم فيقبل التجزئة عند الطعن فيه وذلك بالغاء جزء منه. والصلح يمكن الطعن فيه بعيوب الارادة لانه عقد ولكن لا يجوز الطعن فيه للغلط في القانون، أما الحكم فلا يجوز الطعن فيه بعيوب الارادة ولكن يمكن الطعن عليه بالغلط في القانون. وتتبع في تفسير الصلح القواعد الخاصة بالعقود، أماالحكم فيبين قانون المرافعات وسائل تفسيره. والصلح لا يجوز تنفيذه على الخصم الا اذا كان ثابتا في محرر رسمي أو صدقت عليه المحكمة أو أقيمت دعوى للحصول على سند تنفيذي به. أما الحكم فهو قابل للتنفيذ بالطرق التي نص عليها قانون المرافعات.

وقد يمكن تبرير عدم جوز الرجوع في الصلح بفكرة الاثر الكاشف له، فالصلح مثلا بين الورثة لا ينشئ حق كل منهم في المال الذي يناله، وإنما هو يكشف فقط عن ملكيته لهذا المال بالميراث، فلا يمكن ازاء ذلك الرجوع في الصلح لانه يتضمن الغاء ما ثبت بالميراث وهذا غير ممكن.

ولكن هذا الحكم ليس منصوصا عليه في القانون الفرنسي ولا المصري وانما كان رأيا لبعض الفقهاء في فرنسا، وقد وجد طريقه الى التشريع المغربي (الفصل ١١٠٦) وأغلبية الفقه في فرنسا تعارض هذا الرأي والأصح أن يسمح للطرفين في عقد الصلح أن يرجعا بارادتيهما مجتمعين فيالصلح أو أن يفسخا الصلح أي يتقايلا منه على نحو أو آخر، ولو أدى ذلك الى تجدد النزاع بينهما.

وعند الحاجة إلى تفسير عقد الصلح فإن قاضي الموضوع هو الذي يقوم بتفسيره ، ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا ما دام يستند إلى أسباب سائغة . ولكن يجب عليه أن يراعي قاعدة هامة في عقد الصلح وهي التفسير الضيق

لتنازلات الطرفين . وقد نصت على هذه القاعدة المادة ٥٥٥ من التقنين المدني المصري ونصها : " يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا . وأيا كانت تلك العبارات ، فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح " (١). فمثلا إذا تصالح شريك مع بقية الشركاء على نصيبه من الأرباح ، فإن هذا يفسر على أنه يتناول الأرباح التي أستحقت فعلا ولا يتناول الأرباح التي لما تستحق إلا إذا نص صراحة على أن الصلح يشملها . وتصالح المضرور مع مرتكب الفعل الضار لايمتد إلا إلى الإصابة الموجودة ، أما المضاعفات التي تنتج عنها كما لو أفضت إلى عاهة مستديمة أو إلى موت المضرور ، فإن الصلح لا يشملها بل يكون للمضرور أو ورثته أن يطالب بتعويض عنها ، أو أن يطلب إبطال الصلح للغلط ولا يمتد الصلح إلى نزاع آخر غير الذي حسمه الصلح ، فإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على نصيبه في الميراث ، فهذا الصلح لا يشمل وصية أخرى كان الموروث قد أوصى له بها ولم تذكر في الصلح وإنما ظهرت من بعد (٢) .

ومما يتعلق بتفسير عقد الصلح مسألة التسمية التي يضفيها عليه أطرافه ، فقد تكون العملية بيعا أو هبة أو غير ذلك ويسميها الأطراف صلحا . وعملية تكييف العقد من الناحية القانونية هي من إختصاص القاضي ، فهو المكلف بأن يعطي للعقد الوصف السليم غير متقيد بمسميات الأطراف ، ويطبق على العقد أحكام القانون التي تتعلق بحقيقته لا بالتسمية التي ألصقها به الأطراف .

الأثران الكاشف والنسبي :

تنص المادة ٥٥٤ مدني على أن : " الصلح أثر كاشف بالنسبة الى ماتناوله من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها "(٣).

(١) تقابل هذه المادة : الفصل ١١٠٨ التزامات مغربي والمادتان ٢٠٤٨ و٢٠٤٩ مدني فرنسي ، والمادة ١٨١٥ مدني اسباني ، والمادة ١٥٦٤ من المجلة ، وأنظر أيضا خليل ٤-١٠٨-١٠٩ ؛ الحموي ٢-٣٨ ؛ التسولي ١-٢٣٥ ؛ ابن نجيم ١-٣٥٦ و ٣٥٧ ؛ الدر المختار ٤-٦٤٨ و ٦٦٥ و ٧-٢٥٠ و ٢٥١ وأنظر ايضا:

Digeste II, 15, 331, 12, 9 § 1 ; code II, 4, 31.

(٢) السنهوري : الوسيط - جـ٥ - الفقرات ٣٨١ - ٣٨٣ .

(٣) تطابق هذه المادة: المادة ٥٢٢ مدني سوري والمادة ٥٥٣ مدني ليبي، والفصل ١١٠٥ التزامات مغربي.

ويقصد بالأثر الكاشف للصلح أنه يؤدى الى إعتبار حق كل طرف مستندا الى مصدره الأصلى، لا إلى عقد الصلح. فتصالح الورثة يثبت لكل منهم الحق فى القدر الذى إتفق عليه لا من تاريخ الإتفاق بل من تاريخ وفاة المورث أو من تاريخ تصفية التركة إن كانت على التركة حقوق غير حقوق الورثة. فمصدر حق كل منهم هو الإرث وليس الصلح(١). والتبرير الحديث لهذه الفكرة هو نزول كل طرف عن حق الدعوى بالنسبة الى الحق الذى سلم به. فهذا النزول عن حق الدعوى لاينشىء للطرف الآخر حقه بل يبقى حقه مستندا الى المصدر الذى كان يدعيه هو. ويترتب على الأثر الكاشف أن كل طرف لا يتلقى حقه عن الآخر، فإذا كان الطرف الآخر قد حاز عقارا لمدة معينة ثم سلم بالحق على العقار الى الطرف الأول فإن هذاالطرف (الأول) لايكون له أن يضيف مدة حيازة الآخر الى مدة حيازته ليحتج بها على الغير. ولا يعتبر الصلح تجديدا للدين ، الا إذا أفصح الأطراف عن ذلك. وإذا ورد الصلح على دين فى ذمة الغير فلا تلزم لانتقاله إجراءات حوالة الحق ، لانالصلح لم ينشىء ولم ينقل الحق بل كشف عنه فقط. وكانمنطق الأثر الكاشف أن يجعل من الصلح عقدا لاينشى إلتزاما بالضمان على أطرافه، ولكن المشرع المغربى (ومثله اللبنانى) قد خرج على هذاالمنطق وأنشا التزاما بالضمان سنتحدث عنه فى الفقرة التالية:

وهناك حالات لايكون فيها للصلح اثر كاشف بل يكون اثره فيها منشئا أو ناقلا. فإذا تنازع شخصان على ملكية سيارة نقل وسيارة اجرة، ثم تصالحا على أن يختص احدهما بالأولى والآخر بالثانية، على أن يدفع من تملك سيارة النقل مبلغا نقديا للآخر. فإن هذا الصلح يؤدى الى إنشاء التزام على أحد الطرفين بأداء مبلغ معين، فأثر الصلح هنا منشىء ، وإذاالتزم مالك سيارة النقل بأن يقدم للآخر بدلا من النقود بعض الأدوات والأجهزة لسيارة الأجرة أو إعطاءه حق إيداع السيارة فى جراج خاص به بلا مقابل، فهنا يكون أثر الصلح بالنسبة للادوات والأجهزة ناقلا،وبالنسبة الى الإنتفاع بطريق الإيداع منشئا للمنفعة . ولكن يلاحظ أن الأثر المنشىء والأثر الناقل هنا يتعلق بحقوق لم تكن موضوعا للنزاع وإنما هى تقوم بدلا يشبه المعدل فى (المقايضة) أما الحقوق التى كانت موضوعا للنزاع فالأثر بالنسبة لها اثر كاشف . ومن المتصور أن تجتمع الآثار

---

(١) محمد على عرفة: التعليق على نصوص التقنين المدنى – ص ٣٧٨.

الثلاث فى فرض واحد، كما هو فى المثال الخاص بإعطاء أدوات وأجهزة وحق فى إيواء السيارة : فالأثر الكاشف هو التسليم لكل متصالح بالحق فى سيارة معينة، والأثر المنشىء هو إعطاء الحق فى إيواء سيارة الأجرة، والأثر الناقل هو نقل ملكية الأدوات والأجهزة الى مالك سيارة الأجرة.

وفى حالة الأثر الناقل نجد احكاما مضادة لاحكام الأثر الكاشف: فمن ينتقل اليه الحق يعتبر خلفا للطرف الناقل، ويكون له أن يستفيد بما لديه من وثائق تدعم هذا الحق، ويكون الناقل ملتزما بالضمان تجاهه، ويمكنه أن يفيد من مدة حيازة سلفه الناقل .

أما عن الأثر النسبى للصلح فهو يعنى أن يكون الصلح حجة بين أطرافه وحدهم فلا يحتج به على الغير، وأن يكون حجة فيمايتعلق بسببه فقط فلا يشمل سببا آخر لم يكن مطروحا عند إبرام الصلح، وأن يكون حجة فيما يتعلق بمحله فحسب فلا يمتد الى غير هذا المحل. فإذا تصالح شخص كان قاصرا مع وصيه على الحساب المتعلق بفترة الوصاية ،إنتهى النزاع بينهما فيما يتعلق بالوصاية عليه هو، ولكن إذا كان له أخ خاضع لوصاية نفس الوصى ومات فورثه اخوه، كان له أن يطالب الوصى بالحساب الخاص بتركة اخيه لان سبب المطالبة هنا مختلف فلا يكون الصلح الأول مانعا له من هذه المطالبة لان الصلح الأول نسبى فلا يمتد الى غير السبب الذى قام عليه.

ولكن يستثنى من قاعدة نسبية أثر الصلح، حالة التضامن بين المدينين . ذلك أن المادة ٢٩٤ مدنى تنص على أنه : " إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لاينفذ فى حقهم الا إذا قبلوه ".

الإلتزام بالضمان : لايوجد نص فى التقنين المدنى المصرى على الضمان وإنما يوجد ذلك فى القانونين المغربى واللبنانى فيقضى الفصل ١١٠٧ من تقنين الإلتزامات والعقود بأن.

" يضمن كل من الطرفين للآخر الأشياء التى يعطيها له على أساس الصلح. وإذا سلم الشيء المتنازع عليه لأحد الطرفين بمقتضى الصلح ثم استحق منه أو إكتشف فيه عيب موجب للضمان ترتب على ذلك إما فسخ الصلح كليا أو جزئيا، وإما دعوى إنقاص الثمن حسبما هو مقرر بالنسبة للبيع.

" وإذا قام الصلح على منح منفعة شيء لأجل محدد فإن الضمان الذى يتحمل به أحد العاقدين للآخر هو الضمان المقرر لكراء الأشياء".

هذا النص ينشيء ضمان الإستحقاق وضمان العيوب على عاتق كل من الطرفين فى الصلح نحو الآخر. وهذاالضمان له ما يبرره بالنسبة الى الحقوق غير المتنازع فيها التى ينقلها طرف الى الآخر، فإن أثر الصلح بالنسبة اليها يكون ناقلا أو منشئا. أما بالنسبة الى الحقوق التى حسم الصلح النزاع حولها فإن أثره كما عرفنا كاشف عن كل حق منها، فتستند الى مصدرها الأصلى، ومن ثم لايكون هناك داع الى إيجاد ضمان بالنسبة لها، لأن الضمان لامحل له الا إذا كانت حقوقا ناشئة عن الصلح أو منقولة نتيجة له. لذلك فإن هذا النص لامثيل له فى القوانين العربية الأخرى عدا اللبنانى(المادة ١٠٤٣ موجبات وعقود). وقد كان مشروع التقنين المدنى الفرنسى يتضمن نصا على الضمان، وحذف لمخالفته للعدالة، ومع ذلك فإن الفقه الفرنسى يقرر عدم الضمان فى الصلح(١).

غير أن هناك نوعا من الضمان لامجال لاستبعاده وهو ضمان كل متصالح للتعرض الشخصى الذى يصدر منه نحو الطرف الآخر. فهذا الضمان يبقى قائما فى جميع الأحوال. وسنرى الجزاء عليه فى الفصل التالى.

---

(١) اوبرى ورو واسمان: ج ٦ - فقرة ٤٢١- هامش ١٨.

الفصل الرابع

جزاء الإخلال بالصلح

بإنعقاد الصلح ينحسم نزاع بين طرفين ، ولا يجوز تجديد هذا النزاع بعد ذلك ، فلا تقام دعوى به ولا تستمر إن كانت قائمة ولا تجدد. وإذا فعل ذلك أحد الطرفين كان للآخر أن يدفعها بالصلح. فالدفع بالصلح وسيلة من الوسائل التى تضمن تنفيذه وإستمراره. وبالصلح تنتهى الدعوى المتعلقة بالنزاع وتنقضى ولاية المحكمة عليها، فلا تحكم المحكمة فيها حتى بالمصروفات، وإذا لم يتفق الطرفان على من منهما يتحمل بالمصروفات تحمل كل طرف ما أنفقه. ولا يعتبر الدفع بالصلح متعلقا بالنظام العام، ولذلك لايجوز الإدلاء به أمام المحكمة العليا لأول مرة ، وإن كان يجوز التمسك به أثناء نظر الدعوى ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، والدفع بالصلح لايمنع من الطعن عليه بعيوب الإرادة وأوجه البطلان الأخرى للتوصل الى الغائه. وقد يكون الصلح مقترنا بشرط جزائى فيمكن للطرف الذى يريد إعماله أن يتمسك به نحو الآخر لإلزامه بالصلح(١).

وللمتعاقد الحق فى طلب التنفيذ العينى ما دام ممكنا، فان تعذر ذلك طلب الفسخ والتعويض. فإذا قضى بالفسخ وجبت إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد فيرد كل طرف ما تسلمه من الآخر، ويعود النزاع بينهما الى ما كان عليه، فلا يعتبر قد حسم أو إنتهى، فإذا كان الدائن قد نزل عن جزء من الدين فى مقابل إعتراف المدين بالباقى وأدائه ، فإن فسخ الصلح يؤدى الى عدم إنقضاء الجزء الذى نزل عنه الدائن فيكون له أن يطالب بالدين كله ويؤدى أيضا الى أن المدين لايتقيد بإعترافه بجزء من الدين، بل يكون له أن ينازع فى الدين كله من أساسه .

وإعادة الحال الى ما كانت عليه يجب الا تمس بحق الغير. ويشترط فى الغير الذى يحميه القانون هنا شرطان :

الأول : أن يكون حسن النية.

والثانى: أن يكون قد تلقى الحق معاوضة لاتبرعا.

---

(١) السنهورى: الوسيط – ج٥ – فقرة ٣٨٥ – ص ٥٧٢ وما بعدها. وفقرة ٣٨٧– ص ٥٧٦.

الباب الثالث

القرض

يختلف القرض عن الوديعة رغم وجود التقارب والتشابه بينهمـا فـإذا أودع المـودع أشـياء معينـة بذواتهـا كـانت تلـك وديعـة كاملـة، وكذلـك الأمـر إذا أودع المودع أشياء مثلية داخل كيس أو حقيبـة مغلقـة أو وضـع عليهـا خاتمـه. ويلـتزم المودع عنده فى هذه الحالات برد الشـىء المـودع بذاتـه، وان تصـرف فيـه الـى الغير إعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة.

أما إذا أودع المودع نقودا أو أشياء مثلية، فإن النقود وسائر المثليات تختلط بماله ، ولا تحتفظ بذاتيتها، ولذلك فإن المودع عنده يتملـك هـذه المثليـات بمجـرد إستلامها، ويلتزم بأن يرد مثلها فيما بعد، ولهذا السبب فإن هذا النوع من الوديعـة يعتبر قرضا وتجرى عليه أحكام القرض.

وقد نصت على ذلك المادة ٧٢٦ مدنى: " إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو اى شىء آخر لايهلك بالإستعمال وكان المودع ، عنده مأذونا له فى إستعماله إعتبر العقد قرضا". ولهذا النص نظائر فى التشريعات العربية(١).

وسنقسم دراسة القـرض الـى أربعـة فصـول : الأول فـى تعريـف القـرض وتمييزه عما سواه، والثانى فى أركان القرض، والثالث فى آثار القرض، والرابـع فى الدخل الدائم وهو نوع من القرض يتميز بأحكام خاصة.

---

(١) ويطابق هذا النص المادة ٦٩٢ مدنى سورى ،والمادة ٧٨٥ مدنى ليبـى ، وتوافقـه المادة ٩٧١ مدنى عراقى وفى القانون اللبنانى تطابقه المادة ٦٩١(موجبات وعقود).

الفصل الأول

تعريف القرض وتمييزه عما سواه

تسمى بعض القوانين العربية كالقانون اللبناني والمغربي القرض أو الوديعة الناقصة بعارية الاستهلاك أو قرض الإستهلاك. ويعرفها بأنها: عقد بمقتضاه يسلم احد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالإستعمال أو أشياء منقولة أخرى لاستعمالها بشرط أن يرد المستعير عند إنقضاء الأجل المتفق عليه أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة " أما القانون المصرى (والليبي والسورى) فتعرفه بأنه " عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو اى شيء مثلى آخر على أن يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته ".

ومن هذا التعريف نلاحظ مايلي :

أولا : أنه لا صلة بين القرض وعارية الإستعمال لأن جوهر كل منها وحقيقته مختلفة عن الأخرى لان القرض يرد على الملكية وعارية الإستعمال ترد على النفعة وإن كان يجمعهما أنهما عقود تبرع.

ثانيا : القرض عقد رضائي: وقد رأينا من قبل ان، الأنسب هو جعل هذه العقود رضائية ، وأن العينية صفة ورثتها بعض التشريعات (١) عن القانون الروماني لظروف خاصة بهذا القانون الأخير، ولم تعد تلك الظروف موجودة الآن .

وبهذه المناسبة نلاحظ أنه في التشريعات التي تجعل من عقد القرض عقدا رضائيا(٢) يمكن فيها للأطراف أن يتفقوا على أن يكون عقد القرض عقدا عينيا،

(١) مثل القانون الفرنسي والقانون اللبناني والقانون العراقي.

(٢) مثل القانون السويسري والقانون المصرى والقانون السوري والقانون الليبي وهذه التشريعات تجعل تسليم محل القـــــــــرض التزاما على عاتق المقترض وليس ركنا في العقد، وقارن مع ذلك: الكزبري: المصدر السابق ج١ فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ حيث يعتبر عارية الاستهلاك أو القرض عقدا عينيا إستنادا الى الفصل٨٥٦ من قانون الالتزامات المغربي ونحن نلاحظ أن الفصل ٨٥٦ لم يذكر أن العقد يتم بتسليم أشياء مثلية الى الطرف الآخر، وإنما نصه: "عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء:" أى أن مقتضى العقد ومحله- بعد أن يتم بالتراضي- هو تسليم اشياء للطرف الآخر وهذا يفيد أن العقد رضائي لاعيني.

وذلك إذا علقوا إنعقاد العقد على تسليم محل القرض. ولكن العكس غير جائز ، بمعنى أنه فى التشريعات التى تعتبره عقدا عينيا. لايستطيع الأطراف مخالفة القانون وجعل العقد رضائيا بمجرد اتفاقهم، لان القانون جعل من التسليم ركنا من أركان العقد وما جعله القانون ركنا فلا يمكن الإستغناء عنه، ومع ذلك فإنه يمكن إعتبار العقد العينى الذى لم يتم فيه التسليم وعدا بالقرض، ويستطيع المقترض أن يلزم المقرض بتنفيذ وعده عن طريق الإلتجاء الى القضاء ، وبذلك يمكن الوصول الى ما يحققه عقد القرض عن طريق عقد الوعد بالقرض وهو عقد رضائى أيضا(١)،(٢).

---

(١) يعتبر جانب من الفقه الفرنسى أن عقد فتح الإعتماد فى (البنوك) يعتبر وعدا بالقرض(بلانيول وريبير وسافاتييه- المصدر السابق- فقرة ١١٣٨ ص ٤٥٤، اوبرى ورووسمان المصدر السابق ص ١٤٣ هامش ٣-٥)والحقيقة أن عقد الوعد بالقرض يختلف عن عقد فتح الإعتماد بالبنك لأن الوعد بالقرض يرد على مبلغ معين يسلم بتمامه الى الموعود ويلتزم برده بتمامه، أما فتح الإعتماد فهو متروك لمشيئة عميل البنك يستخدمه فى اى وقت ويسحبه دفعة واحدة أو على دفعات، ويمكنه أن يرده على دفعات بدون تحديد لمقدارها. وكل ما يلزم هو أن يتم سداده حتى أجل معين . والمحل فى عقد الوعد بالقرض هو إعطاء شىء هو مبلغ القرض، أما فى عقد فتح الإعتماد فالمحل عمل هو وضع مبلغ تحت تصرف العميل، ومحل عقد الوعد بالقرض إعطاء نقود أما محل عقد فتح الإعتماد المصرفى فقد يكون نقودا توضع تحت تصرف العميل، وقد يكون شيئا غير النقود مثل فتح إعتماد مستندى أو قبول كمبيالات أو خصم أوراق تجارية أو إصدار خطابات ضمان أو أية عملية ائتمانية اخرى. ولذلك قيل أن عقد فتح الإعتماد قرض معلق على شرط واقف هو إبداء العميل رغبته فى الإستفادة من الإعتماد،ولكن اخذ على هذا الرأى أن عدم تحقق الشرط لايؤثر فى وجود العقد ولا فى ترتيبه لاثاره، لذلك فإن عقد فتح الإعتماد عقد بات منذ إبرامه وليس معلقا على شرط. والراى الذى نرجحه هو الذى يحلل عقد فتح الإعتماد بأنه ينشا عن حاجة العميل الى الحصول على مبلغ نقدى كما فى القرض. وعن حاجته الى إيداع هذا المبلغ فى مكان امين كما فى الوديعة وهذان العقدان يندمجان فى عقد فتح الإعتماد حيث يقترض العميل من البنك ويودع مبلغ القرض لدى نفس البنك، ونتيجة لاندماج هذين العقدين فى العملية الواحدة ينعدم التسليم والتسلم ويوجد عقد واحد يسمى عقد فتح الإعتماد – إنظر هذا الرأى فى مؤلف الدكتور على البارودى: العقود وعمليات البنوك التجارية الإسكندرية ١٩٦٨ فقرة ٢٦١ص ٣٧١.

(٢) ولكن قد يشكك فى رضائية القرض أن الفصل ٨٥٧ من قانون الالتزامات المغربى قد نص على أن " تنعقد عارية الإستهلاك كذلك عندما يوجد من النقود أو كمية من الأشياء المثلية بين يدى المدين على وجه الوديعة أو بأية صفة اخرى، ويأذن له الدائن بالإحتفاظ بما بين يديه على سبيل القرض، وهنا يتم العقد بمجرد إتفاق الطرفين على الشروط الأساسية للقرض". فهذا النص يقضى بأن التسليم يكون تسليما حكميا إذا كانت الأشياء فى يد المقترض من قبل بصفة اخرى غير القرض، وهذا التسليم يكفى لانعقاد العقد، وقد يوحى ذلك بأن الأصل أن يكون التسليم باليد الطويلة لكى ينعقد العقد. فيكون القرض لذلك عقدا عينيا. ولكن هذا التفسير لايستقيم مع النصوص التالية للفصل ٨٥٧ التى ترتب على العقد آثارا لايمكن أن يرتبها العقد العينى، كنقل الملكية وتبعة الهلاك بمجرد التراضى. لذلك لامناص من إعتبار العقد عقدا رضائيا بحيث يفسر الفصل ٨٥٧ بأنه يقرر جواز التسليم الحكمى دون أن يتضمن ذلك خروجا على أصل آخر ينعقد به العقد هو وجوب التسليم الفعلى.

ومن مظاهر رضائية القرض أن الفصل ٨٦٠ ينص على أن: " ينقل القرض الى المقترض ملكية الأشياء والقيم المقترضه إبتداء من الوقت الذى يتم فيه العقد بتراضى الطرفين، ولو قبل تسليم الأشياء المقترضة ".

ثالثا : القرض اوعارية الإستهلاك ترد على الأشياء المثلية سواء كانت تهلك بالإستعمال أم تحتمل الإستعمال ولا تهلك به، ولا يرد القرض على الأشياء المعينة بذاتها(١).

والغالب أن يكون محل القرض نقودا، ولكن من الممكن أيضا أن يكون المحل مثليات أخرى ، مثل مزارع يقرض جاره شيئا من محصوله، على أن يرد اليه مثله عندما يجنى محصوله.

رابعا : القرض من عقود التبرع: فلم يرد فى تعريفه أن يكون مقابل فائدة.

خامسا : القرض من العقود الملزمة للجانبين : وذلك لان المقرض يلتزم بأن يسلم الشىء وبأن لايطالب المقترض برد ما تسلمه الا عند نهاية الأجل المتفق عليه ان كان متفقا على اجل أما المقترض فظاهر أنه يلتزم برد مثل ماقبضه عند حلول هذا الأجل أو عند المطالبة، ومن هنا كان العقد ملزما للجانبين.

سادسا : يفرق البعض بين الوديعة الناقصة والقرض عن طريق الوقوف على نية المودع، فإن كانت تتجه أساسا الى حفظ النقود كان العقد وديعة ناقصة ولو كان المودع يحصل على فائدة، اما إذا لم يكن الحفظ هو الغرض الأساسى، فإن العقد قرض ولو كان المودع لايحصل على فائدة. ويتخذون عدم إشتراط أجل للرد دليلا على أن العقد وديعة وأن إشتراط الأجل يدل على إنصراف النية

---

(١) ومع ذلك يرى اوبرى ورو ان القرض يمكن ان يرد على شىء معين بالذات كما فى إقتراض سندات لبيعها ورد سندات أو رد قيمتها(ج٦ فقرة ٣٩٤ ص ١٤١).

ونحن لانرى ذلك صحيحا والمثال الذى يعطيه اوبرى ورو ليس قرضا فقط، وإنما هو وكالة فى بيع السندات وحصيلة البيع تعتبر قرضا مسلما باليد القصيرة.

إلى القرض . كذلك يعتبرون إشتراط الفائدة قرينة على القرض وعدم إشتراطها قرينة على الوديعة. والبعض الآخر يرى أن الوديعة الناقصة تبدا وديعة عادية فى أول الأمر، ثم تتحول الى قرض عندما يستهلك المودع عنده النقود أو الشىء المثلى المودع. ويرتبون على الفرق بين الوديعة الناقصة والقرض انه فى الوديعة الناقصة لا تجوز المقاصة، بينما تجوز فى القرض وان الفوائد تسرى على الوديعة الناقصة من وقت الإعذار للرد، ولا تسرى فى القرض الا من وقت المطالبة القضائية، وإن القابض يعتبر مرتكبا لجريمة التبديد إذا لم يقم بالرد ، بينما لايعتبر عدم رد مبلغ القرض جريمة إذ هو دين مدنى عادى.

وهذه التفرقة ليست دقيقة لان الوديعة يمكن أن يشترط أجل للرد فيها حتى ولو كانت بشىء معين بالذات ، والقرض يمكن الا يشترط فيه الأجل وكذلك الأمر فى الفائدة.

فيمكن أن تشترط فى الوديعة فائدة ويمكن أن يكون هناك قرض بغير فائدة، والنتائج التى يرتبها أنصار هذه التفرقة ليست صحيحة، فالمقاصة تجوز طالما انتقلت ملكيةالشىء الى المودع عنده ولم يحتفظ بذاتيته. فالذى يمنع من المقاصة هو إحتفاظ الشىء المودع بذاتيته، لا كون النية إنصرفت الى الإيداع دون الإقراض. والفوائد تسرى فى التشريعات التى تسمح بها من وقت المطالبة القضائية عادة لافرق بين وديعة ناقصة أو قرض. وجريمة التبديد لاتتوافر إذا كان الملتزم ملزما برد مثل الشىء لافرق بين وديعة ناقصة أو قرض. ولا تقوم هذه الجريمة الا إذا بدد شيئا معينا بذاته(١). لكل ذلك نرجح الرأى القائل بأن الوديعة الناقصة هى القرض ولافرق بينهما.

سابعا: الغالب أن يكون محل القرض نقودا، ولكن من الممكن أيضا أن يكون المحل مثليات أخرى مثل مزارع يقرض جاره شيئا من محصوله على أن يرد اليه مثله عندما يجنى محصوله فيصح أن يرد القرض على الأشياء المنقولة كالحيوانات والملابس والأثاث. والأشياء التى تستهلك بالإستعمال كالأطعمة والنقود.

---

(١) إنظر: السنهورى: الوسيط – ج ٧ – المجلد الأول– فقرة ٣٨٦– ص ٧٥٥ وما بعدها.

الفصل الثانى

أركان القرض

أركان عقد القرض ثلاثة: **التراضى ،والمحل، والسبب.**

أولا : التراضى : ما دمنا نعتبر القرض عقدا رضائيا، فإن مجرد تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين المتوافقين يكفى لانعقاد القرض، وترتيب التزاماته، ومنها التسليم. أما إذا اعتقد المعطى أنه يقرض، وإعتقد الآخر أنه يتهب لم ينعقد أى من العقدين.

وليس فى عقد القرض شكل مشترط، وإن كان لايوجد ما يمنع الأطراف من أن يتفقوا على أن يتم العقد بكتابة عرفية أو رسمية، وكثيرا ما يتم العقد بين الأطراف شفاهة ويتم تحرير أوراق أخرى غير عقد القرض، لاثبات الشىء المقترض، أو لترتيب الإلتزام برده أو لترتيب ضمان لاسترداده . ومثال الحالة الأولى (الإثبات) سندات الشركات والسندات العامة ، فهى ليست عقدا كاملا ، وإنما هى إقرار المقترض بوجود المبلغ فى ذمته، ومثال الحالة الثانية (ترتيب الإلتزام بالرد) تحرير كمبيالة أو سند أدنى بقيمة المبلغ المقترض . ومثال الحالة الثالثة (ترتيب الضمان) تظهير ورقة تجارية تظهيرا تامينيا اى للرهن .

ويشترط فى المقرض أهلية التصرف إذا كان القرض بفائدة واهلية التبرع إن كان بغير فائدة فالقرض لايعتبر من عقود التصرف الا إذا كان بفائدة ، أما إذا كان بغير فائدة فإنه يعتبر من عقود التبرع.

وللأب والجد أن يقرضا مال القاصر بفائدة بإذن المحكمة (م ٩ ولاية على المال) . ولكن لايجوز للأب إقراض مال القاصر بغير فائدة إلا لاداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة (م ٥ ولاية على المال) وكذا الوصى والقيم لايجوز لهما اقراض مال القاصر أو المحجور بفائدة إلا بإذن المحكمة (م ٣٩ و ٧٨ ولاية علىالمال) .

وأما بالنسبة الى اهلية المقترض فتشترط فيه أهلية الإلتزام لانه يلتزم برد المثل سواء فى القرض بفائدة أو بغير فائدة. وللأب ان يقترض باسم القاصر بغير اذن المحكمة (م ٤ ولاية على المال) اماالجد فيقترض باسم القاصر ولكن بإذن المحكمة (م ١٥ ولاية على المال) وكذا الوصى والقيم.

وليس فى عيوب الإرادة ما يختلف عن القواعد العامة. ولذلك تنطبق نفس الأحكام الخاصة بالغلط والتدليس والإكراه.

ثانيا: المحل : قدمنا أن محل القرض يكون دائما مثليات واكثر ما يقع القرض فى النقود،وإذاكان من شروط المحل أن يكون المقترض مالكا للشيء الذى يقدمه للمقترض فإن هذا الشرط لايثير مشكلة بالنسبة الى إقتراض النقود، لان النقود لاتتعين بالتعيين وبالتالى لايتصور أن تستحق النقود للغير فى يد المقترض. أما إذا كان المحل مثليات غير النقود، فإنها إذا كانت موجودة لدى المقترض وكانت مملوكة له، إنتقلت ملكيتها بمجرد العقد الى المقترض. ولكن إذا لم تكن تلك الأشياء مملوكة للمقرض، فإن الأصل أن الإنسان لايستطيع ان يعطى مالا يملك ولا أن يعطى أكثر مما يملك، وبذلك لايمتلك المقترض الشيء، ومن حق مالك الشيء أن يسترده، ولكن إقراض مال الغير لم ترد بشأنه نصوص مثل عقد البيع(م ٤٦٦مدنى) والهبة(م ٤٩١ مدنى) لذلك إختلف الرأى فذهب البعض الى قياس القرض على البيع وذهب رأى آخر الى تطبيق القواعد العامة فيعتبر القرض قابلا للفسخ بناء على طلب المقترض لأن المقرض يعجز عن نقل ملكية هذا النوع من المثليات الى المقترض حتى ولو سلمها اليه فيجوز للمالك الحقيقى ان يستردها مما يبرر طلب الفسخ سواء طلب الإسترداد أو لم يطلب ويكون للمقترض طلب التعويض طبقا لاحكام ضمان الإستحقاق. ولكن إذا كان المقترض حسن النية فإنه يتملك المثليات المقرضه بناء على السبب الصحيح وهو القرض الصادر من غير مالك أما إذا كانت الأشياء المقرضه مسروقة من صاحبها أو مفقوده فالمقترض لايتملكها رغم حسن نيته ولمالكها إستردادها خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة(م ٩٧٧/١مدنى).

وفى حالة تملك الشيء بحسن نية (دون حالةالضياع والسرقة) يتملك المقترض الشيء بالحيازة لابعقد القرض ويتملكه من المالك الحقيقى لا من المقرض فيرجع عليه المالك الحقيقى طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب لانه لم يحز

نهاية القرض(١) .

ثالثا : السبب : يجب فى القرض أن يكون السبب سببا مشروعا غير مخالف للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون ويفترض هذا السبب إذا لم يذكر فى العقد، كما يفترض انه هو السبب الحقيقى وانه سبب مشروع وذلك حتى يثبت العكس اى ان على من يدعى العكس أن يثبته. فإذا كان المقرض يعلم ان المقترض سيقوم بالمقامرة بمبلغ القرض أو سيدفعه فى علاقة غير مشروعة، كان الإتفاق على القرض باطلا.

وقد تردد القضاء المصرى قبل صدور التقنين المدنى الجديد بين عدم الإعتداد بالباعث الدافع فى القرض وإعتبار العقد صحيحا اخذا بالسبب طبقا للنظرية التقليدية فلم يبطل قرضا بقصد إدارة عين للعهارة ولو كان المقرض عالما بذلك، وبين محاربة عدم المشروعية وإبطال مثل هذه العقود وعقود القمار وما اليها. غير انه بعد صدور التقنين الجديد وأخذه بالنظريه الحديثة التى تقوم على الباعث الدافع لم يعد هناك محل لتصحيح مثل هذه التصرفات (٢).

---

(١) هذا عن القانون المصرى اما القانون المغربى فإنه يفرق بين حسن وسوء نية الحائز فالحائز بحسن نية هو من يحوز الشىء بمقتضى سند يجهل عيوبه فلا يجوز إسترداد الشىء منه مالم يكن ضائعا.وله أن يتملك ثمار الشىء، ولا يلزم الا برد ما يكون منها موجودا فى تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشىء وما يجنيه منها بعد رفع الدعوى ، ويتحمل بمصروفات الحفظ ومصروفات جنى الثمار، أما الحائز سيىء النية وهو ذلك الذى يعلم عيوب سند حيازته، فيلزم برد الشىء وثماره الطبيعية والمدنية التى جناها أو التى يستطيع أن يجنيها لو أنه أدار الشىء إدارة معتادة وذلك من وقت وصول الشىء اليه، ولا حق له الا فى إسترداد المصروفات الضرورية التى أنفقت لحفظ الشىء وجنى الثمار . والحائز سىء النية ضامن للشىء ، فإذا لم يستطع تقديمه الزم بقيمته يوم وصوله اليه، وما دام الشىء من المثليات لزمه رد مقدار يعادله. أما إذا قام الحائز بتحويل الشىء الى شىء من نوع آخر بحيث تزيد قيمته زيادة كبيرة، كما لو كان دقيقا فصنعه حلوى، التزم الحائز بأن يدفع قيمة المادة الأولية الى صاحب الشىء ويستوى أن يكون الحائز فى هذه الحالة حسن النية، أو سىء النية، فإذا إختار الحائز القديم، أن يسترد الشىء بعد تحويله، دفع للحائز الزيادة فى القيمة التى أعطاها للشىء.

(٢) السنهورى: ج ٥ - فقرة ٢٩١.

الفصل الثالث

آثار القرض

لما كان القرض عقدا ملزما للجانبين حتى ولو كان بغير فائدة فإنه يترتب على عاتق كل من المقرض والمقترض التزامات، فليس العقد الملزم للجانبين بالضرورة من عقود المعاوضة. فالفرق بين المفهومين دقيق.

وسوف نبين إلتزامات كل من المقرض والمقترض فى بحث مستقل.

المبحث الأول

التزامات المقرض

يلتزم المقرض بتسليم الشىء محل القرض الى المقترض ويلتزم بأن يضمن له الإستحقاق والعيوب الخفية.

وسوف نشرح الإلتزام بالتسليم فى مطلب والإلتزامين الآخرين بضمان الإستحقاق والعيوب الخفية فى مطلب ثان.

المطلب الأول

الإلتزام بنقل الملكية وبالتسليم

لايلتزم المقرض بنقل ملكية الشىء محل القرض الى المقترض إذا كان موجودا لدىالمقرض وكان مفرزا- ومملوكا له، لأن نقل الملكية فى هذه الحالة يتم بقوة القانون فنقل الملكية يتم بمجرد التراضى وقبل التسليم، ولكن هذا الإنتقال لايتسنى الا إذا كان الشىء موجودا لان الشىء إذا لم يكن موجودا فلن يرد حق

الملكية على شـيء فيكون معدوما، ولا تنتقل الملكية أيضا الا إذا كان الشيء مفرزا، لان الشيء غير المفرز لا يصلح أن يكون محلا للملكية ، إلا إذا تعين وهو لايتعين الا بالإفراز ، واخيرا لا يتسنى نقل الملكية الا إذا كان الشيء مملوكا للمقرض لانه لايستطيع أن ينقل ملكية ما لايملكه.وللمقترض أن يطالب المقرض بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ثم التزامه بالتسليم وله ان يجبره على ذلك ولو بالحجز على ماله (١).

ويترتب على ذلك أن نستبعد من نطاق انتقال ملكية الشيء المقرض، الشيء الذى لم يوجد بعد لدى المقرض، والشيء الموجود لديه ضمن أشياء اخرى من نوعه ولم يتم افرازه من بينها، والشيء الموجود المفرز غير المملوك للمقرض. فهذه الحالات لا تنتقل فيها الملكية بقوة القانون وإنما يحتاج المقرض الى عمل يتم به نقل الملكية هو إيجاد الشيء وإفرازه وإكتساب المقرض لملكية الشيء قبل أن ينقله الى المقترض. ويلاحظ أن النقود تختلف عن غيرها من المثليات فى نقل ملكيتها، إذ هى لا تنتقل ملكيتها بمجرد الإفراز بل بالتسليم الفعلى، وبذلك يقع إنتقال ملكيتها وتسليمها بعمل واحد هو المناولة. ولذلك يقولون: إن النقود لاتتعين بالتعيين.

وسواء تم إنتقال الملكية بقوة القانون أو بعمل لاحق على العقد من طرف المقرض، فإن التسليم يختلف عن نقل الملكية: فنقل الملكية عمل قانونى بينما التسليم عمل مادى. والتسليم لازم فى كل شيء تنتقل ملكيته سواء بالقرض أو بالبيع أو الهبة أو غيرها من العقود الناقلة للملكية اما العكس فغير صحيح ، بمعنى انه ليس كل تسليم يقترن بنقل للملكية.

فالمودع يسلم الشيء المودع، والمؤجر يسلم العين المؤجرة دون ان يقع نقل للملكية مع التسليم فمع كل نقل يقع تسليم، ولكن ليس مع كل تسليم يقع نقل ملكية.

وتنص المادة ٥٣٩ مدنى على انه : "١- يجب على المقرض أن يسلم

(١) السنهورى ج٥ فقرة ٢٩٤.

الشىء موضوع العقد الى المقترض ولايجوز له أن يطالبه برد المثل الا عند إنتهاء القرض : ٢- واذا هلك الشىء قبل تسليمه الى المقترض كان الهلاك على المقرض ".

والالتزام بتسليم الشىء محل القرض يفرض على المقرض ان يسلمه طبقا للنوع والصفة المبينة فى العقد.

فإذا لم يحدد صنف، التزم بأن يقدمه من صنف متوسط وتنطبق على التسليم أحكام تسليم المبيع لانه فرع عن الإلتزام بنقل الملكية. ويتم بأن يضع الشىء تحت تصرف المقترض فى الزمان والمكان المعينين.

فإذا لم ينص الإتفاق على شىء وجب إتباع ما تقضى به القواعد العامة وهى تقضى فى المادة ٢/٣٤٧ مدنى بأنه" فى الإلتزامات الأخرى (غير الشىء المعين بالذات) فيكون الوفاء فى المكان الذى يتخذ فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز اعمال المدين اذا كان الإلتزام متعلقا بهذه الأعمال.

ويستطيع المقترض أن يجبر المقرض على تنفيذ العقد بالحصول على سند تنفيذى ضده ، والقيام بالتنفيذ على الشىء محل القرض أن كان موجودا أو على أموال المقرض وبيعها وإقتضاء حقه من قيمتها ان كان الإلتزام التزاما بتسليم مبلغ من النقود.

ولكن المقرض يكون من حقه الإمتناع عن تسليم الشىء إذا كانت احوال المقترض قد ساءت بعد إبرام العقد، وخشى ضياع ماله كله أو بعضه أو كانت احوال المقترض سيئة قبل القرض ولم يعلم بذلك المقرض الا بعد ابرام العقد أما إذا كان المقرض قد قبل أن يقرض مع علمه بسوء أحوال المدين عند إبرام القرض فإنه لايستطيع الإمتناع عن تسليم مبلغ القرض، لانه يكون قد اقرض المقترض قاصدا مساعدته على إجتياز احواله السيئة.

وتقع تبعة هلاك الشىء محل القرض على عاتق المقرض قبل التسليم إذا كان القرض شيئا غير النقود وكان مفرزا أما إذا كان الهلاك بعد التسليم فيكون

على المقترض ويعلل هذا الحكم بأن الهلاك يؤدى الى إستحالة قيام المقرض بتنفيذ التزامه فينفسخ العقد للإستحالة ويسترد ملكية الشىء فيهلك عليه(١).

المطلب الثانى

الإلتزام بضمان الإستحقاق والعيوب الخفية

ضمان الإستحقاق:

تنص المادة ٥٤٠ مدنى على أنه " إذا إستحق الشىء فإن كان القرض بأجر سرت أحكام البيع وإلا فأحكام العارية ".

يضمن المقرض إستحقاق الشىء فى يد المقترض، وهذاالضمان غير متصور إذا كان الشىء نقودا لأن النقود لا تتعين بالتعيين، فلا يتصور أن يدعى أحد أن مبلغا من النقود مختلطا بمال شخص آخر كان مملوكا له، إلا إذا كانت النقود من أوراق البنكنوت وكان يحتفظ بأرقامها لديه، وإستطاع أن يثبت إنها كانت ملكه ، وسرقت منه. ومثل هذا لايقع عادة فى الحياة العملية. فضمان الإستحقاق غير متصور إذا كان الشىء نقودا ولكنه متصور إذا كان مثليات غير النقود.

ويختلف ضمان الإستحقاق بحسب ما إذا كان القرض بأجر أو بغير أجر. فإذا كان القرض بأجر اى بفائدة تنطبق عليه أحكام ضمان الإستحقاق فى عقد البيع.

ويضمن المقرض بقوة القانون الإستحقاق للمقترض إذا أدى الى حرمانه من حوز الشىء ، والإستحقاق اما كلى أو جزئى، وإذا استحق جزء هام من الشىء بحيث ما كان المقترض ليقبل الإقتراض بدونه لو تبين ذلك من أول الأمر، فإن ذلك يعتبر كالإستحقاق الكلى فيرد ما بقى فى يده للمقرض وما أفاده

---

(١) السنهورى: الوسيط – ج ٥– فقرة ٢٩٨.

منه اليه ويحق للمقترض ان يطلب قيمة الشيء وقت الإستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت وقيمة ما الزم برده من الثمار الى المستحق والمصروفات النافعة التى لايستطيع المقترض الزام المستحق بها وإذا كان المقرض سيىء النية امكن الزامه بالمصروفات الكمالية ومصاريف دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق الا ما كان المقترض يستطيع تفاديه لو أنه اخطر المقرض بدعوى الإستحقاق فى حينها . كما يلتزم المقرض بتعويض المقترض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق الشىء المقترض (م ٤٤٣مدنى) كله أو بعضه (١).

وعلى المقترض عندما توجه ضده دعوى الإستحقاق أن يعلم المقرض بها وتقضى المادة ٥٣٧ من قانون الإلتزامات المغربى بأن تنبهه المحكمة الى أنه إذا استمر فى الدعوى بإسمه الشخصى تعرض لضياع حقه فى الرجوع على المقرض (أو البائع فى البيع).

وإذا كانت قيمة الشىء المستحق قد ازدادت عند حصول الإستحقاق ولو بغير عمل المقترض، فإن الزيادة فى القيمة تدخل فى مبلغ التعويض إذا كان المقرض سيىء النية . وذلك طبقا للمادة ١/٤٤٥ التى تقضى بأنه " يجوز للمتعاقدين بإتفاق خاص أن يزيدا ضمان الإستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان".

ومثل هذا الشرط يعفى المقرض من التعويض ولكن لايكون لهذا الشرط أثر إذا كان الإستحقاق بسبب فعل المقرض أو وقع غش منه كما لو انصب تصرفه على ملك الغير مع علمه بذلك ، أو كان يعرف سبب الإستحقاق ولم يصرح به ويلتزم بالتعويض أيضا فى هاتين الحالتين . ولا يلتزم المقرض بأى ضمان إذا إنتزع الشىء بالإكراه أو نتيجة قوة قاهرة أو إذا حصل للمقترض عرقله فى التصرف نتيجة تعد من الغير بدون أن يدعى اى حق على الشىء.

---

(١) السنهورى : ج ٥ فقرة ٣٠١. اما إذا اختار استبقاء الجزء الذى بقى من الشىء المقرض أو كانت الخسارة لاتمنعه من إبرام القرض لو علم بها من أول الأمر فليس للمقترض الا أن يطالب بتعويض الضرر.

ولا يتحمل المقرض بأى ضمان إذا كان الإستحقاق بغش المقترض أو بخطأه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم القاضى بالإستحقاق، وعلى وجه الخصوص:(أ) إذا ترك المقترض التقادم البادىء قبل القرض والسارى ضده يتم، وإذا أهمل إتمام تقادم بداه المقرض(ب) إذا بنى الإستحقاق على فعل أو سبب شخصى للمقترض.

ويبقى للمقترض الرجوع على المقرض بضمان الإستحقاق إذا لم يتمكن بسبب غياب المقرض من أخطاره فى وقت مفيد، واضطر لذلك أن يدافع عن نفسه وحده ضد المستحق(١) .

أما إذا كان القرض بغير أجر فإن أحكام عقد العارية تنطبق وطبقا للمادة ٦٣٨ " لاضمان على المعير فى إستحقاق الشىء المعار إلا أن يكون هناك إتفاق على الضمان أو ان يكون المعير قد تعمد اخفاء سبب الإستحقاق ".

ضمان العيوب الخفية:

تنص المادة ٥٤١ مدنى على أنه: " ١- إذا ظهر فى الشىء عيب خفى وكان القرض بغير أجر وإختار المقترض استبقاء الشىء فلا يلزمه ان يرد الا قيمة الشىء معيبا.

"٢- اما إذا كان القرض باجر أو كان بغير اجر ولكن المقرض قد تعمد اخفاء العيب فيكون للمقترض ان يطلب اما اصلاح المعيب واما استبدال شىء سليم بالشىء المعيب.

يضمن المقرض عيوب الشىء التى تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التى تجعله غير صالح لاستعماله فيما اعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. اما العيوب التى تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الإنتفاع، وتلك التى جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان، ويضمن المقرض وجود الصفات التى صرح بها أو التى اشترطها المقرض.

---

(١) هذه الأحكام منصوص عليها فى المواد ٥٤٤- ٥٤٨ من تقنين الإلتزامات المغربى ونحن نوردها هنا لأنها تتفق مع الأحكام العامة فى القانون المصرى ولو كانت محل اجتهاد فقهى عندنا لادى الإجتهاد الى نفس هذه الأحكام.

وإذا كان القرض باجر كان للمقرض المطالبة بتعويض الضرر الذى إصابه نتيجة للعيب اما باصلاح العيب ان أمكن أو إعطاء بديل له كالنقود التى يتضح انها مزيفة. أما القرض بغير اجر فلا إصلاح ولاإستبدال وإنما للمقترض رد الشىء وينتهى القرض أو استبقاؤه معيبا ولا يرد الا قيمة الشىء معيبا ولكن يمكن الإصلاح أو الإستبدال اذا تعمد المقرض اخفاء العيب أو كان قد اشترط عليه الضمان.

وإذا كان الشىء مما لايمكن التعرف على حقيقة حالته الا بإجراء تغيير فى طبيعته كالثمار فى قشورها ، فإن المقرض لايضمن العيوب الخفية الا إذا التزم بذلك صراحة، أو إذا كان العرف المحلى يفرض عليه هذاالضمان ، ولا يضمن المقرض الا العيوب التى كانت موجودة عندالتسليم، لأن محل القرض دائما شىء مثلى وعلى المقترض أن يفحص الشىء فور تسلمه وأن يخطر المقرض بكل عيب يلزمه ضمانه. وإذا لم يجر ما سبق إعتبر الشىء مقبولا، مالم تكن العيوب مما لايمكن التعرف عليه بالفحص العادى أو كان المقترض قد منع لسبب خارج عن إرادته من فحص الشىء وفى هذه الحالة يجب إخطار المقرض بعيوب الشىء فور إكتشافها، فإن لم يحصل الإخطار إعتبر الشىء مقبولا، وليس للمقرض ان يتمسك بهذا التحفظ إذا كان سىء النية. ولم يحدد القانون المصرى ميعادا لرفع دعوى ضمان العيب فى القرض (١).

وإذا ظهر عيب فى الشىء كان للمقترض ان يعمل على اثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبراء مختصين بذلك مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إن كان موجودا فى المكان. فإذا لم يقم المقترض بإثبات حالة الشىء على وجه سليم تعين عليه أن يثبت أن العيب كان موجودا فعلا عند تسلمه الشىء. وإذا خيف من خطر تعيب سريع كان للمقترض الحق فى أن يعمل على بيع الشىء بحضور ممثلى السلطة المختصة، فى مكان وجوده بعد إثبات حالتهويصبح هذا الإجراء واجبا إذا اقتضته مصلحة المقرض، وعلى المقترض أن يبادر بإخطاره بكل ما سبق ، والا وجب عليه تعويض الضرر.

---

(١) مدة رفع الدعوى فى القانون المغربى ثلاثون يوما بعد التسليم(انظر الفصول ٥٥٠ و ٥٥٣ و ٥٧٣ من تقنين الإلتزامات المغربى) .

وإذا هلك الشيء بسبب العيب الذى كان يشوبه أو بحادث فجائى ناتج عن هذا العيب كان هلاكه على المقرض ولا محل لطلب فسخ القرض إذا كان العيب حاصلا بخطأ المقترض أو بخطأ من يسأل عنهم وتنقضى دعوى الضمان إذا زال العيب قبل دعوى الفسخ أو فى إثنائها ، وكان عيبا مؤقتا بطبيعته وليس من شأنه ان يظهر من جديد ولا يضمن المقرض العيوب الظاهرة ولا العيوب التى كان المقترض يعرفها أو كان يستطيع بسهولة ان يعرفها.

وتنقضى دعوى ضمان العيب إذا تنازل عنها المقترض صراحة بعد علمه بالعيب أو إذا باع المقترض الشيء بعد علمه بالعيب أو تصرف فيه على أى وجه آخر بإعتباره مالكا أو كان قد خصص الشيء لاستعماله الشخصى وظل يستعمله بعد علمه بالعيب الذى يشوبه(١).

ويلاحظ أن النقود لايتصور ان تستحق لانها لا تتعين بالتعيين ولكن يتصور ان يكون فى النقود عيب خفى كما لو كانت مزيفة فيعتبر ذلك عيبا خفيا فيها.

المبحث الثانى

إلتزامات المقترض

يلتزم المقترض برد مثل ما تسلمه، كما يلتزم بمصروفات التسليم والرد. وعليه كذلك الإلتزام بدفع الفوائد إن اشترطت.

---

(١) هذه الأحكام تتفق مع القواعد العامة فى القانون المصرى وهى منصوص عليها فى المواد ٥٥٤ – ٥٧٢ من قانون الإلتزامات المغربى.

المطلب الأول

الإلتزام بالرد

يؤدى رد مبلغ القرض الى المقرض ، الى إنتهاء القرض بالوفاء ، كذلك يمكن ان ينتهى القرض بعدم الرد، كالإبراء منه أو التقادم أو إتحاد الذمة. ويلاحظ أنه إذا إقتضى المقرض من المقترض رهنا حيازيا ضمانا للدين فإن الدين لايسقط بالتقادم طالما بقى الشىء المرهون فى حيازة المقترض، لان بقاءه يعتبر إقرارا مستمرا بالدين يقطع سريان التقادم يوما فيوما، فلا يسرى ولا تكتمل مدته.

ورد مبلغ القرض هو الإلتزام الرئيسى على عاتق المقترض، ولولاه لكان العقد هبة بغير عوض. والمقترض يلتزم بأن يرد مثل الشىء الذى تسلمه نوعا وقدرا وصفة. فإذا كان قد إقترض غلالا التزم بأن يرد من نفس النوع من الغلال وبنفس الدرجة من الجودة قدرا مماثلا لما تسلمه. ويكون القدر فى المثليات بالوزن أو بالكيل أو بالعدد أو بالمقاس.

ويلتزم المقرض بأن يرد المثل ايا كان الشان فيما وصلت اليه قيمته. فقد ترتفع قيمة الشىء فى الفترة بين تسليم الشىء ورده، فيلتزم المقترض بأن يتحمل زيادة سعره لكى يقدم نفس القدر الذى كان قدتسلمه وبالعكس إذا انخفضت أسعار الشىء إستفاد من ذلك إذ يشترى شيئا ارخص فيستفيد بالفرق، وإذا كان الشىء نقودا تحمل المقترض ايضا تقلبات اسعارها.

ويقع الرد فى الوقت المتفق عليه فى العقد، أو الذى يحدده العرف ويجرى عليه . ولايجوز الزام المقترض بأن يرد الشىء قبل ذلك ، لان الأصل ان الأجل مقرر لمصلحة المدين ولكن إذا نزل هو عن التمسك بالاجل المقرر لمصلحته جاز الرد قبل حلول الأجل، الا أن يكون ذلك منافيا لمصلحة المقرض. ويبدأ الأجل من تاريخ العقد مالم يحدد الإتفاق أو القانون وقتا آخر .

ويمكن ان يحل الأجل بسقوطه ويقع ذلك إذا أشهر إفلاس أو إعسار المدين

أو اضعف بفعله الضمانات الخاصة التى سبق له ان أعطاها بمقتضى العقد، أو لم يعط الضمانات التى وعد بها، ويطبق نفس الحكم علىالحالة التى يكون فيها قد اخفى عن غش التكاليف والإمتيازات السابقة التى تضعف الضمانات المقدمة منه

وإذا كان إنقاص الضمانات الخاصة المعطاة بمقتضى العقد ناتجا من سبب أجنبى عن إرادة المدين. فإن هذا الاخير لا تسقط عنه مزية الأجل بقوة القانون ولكن يكون للدائن الحق فى أن يطلب ضمانات تكميلية فإذا لم تقدم حق له أن يطلب تنفيذ الإلتزام على الفور .

وفى التقنين المدنى المصرى (ويماثله فى ذلك التقنينان السورى والليبى) لا يوجد نص بشأن ما يتبع إذا كان العقد لم ينص على أجل معين ، والأمر فيه متروك لتفسير إرادة المتعاقدين ، للتعرف على ما إذا كانت قد إتجهت إلى إعطاء الحق للدائن فى أن يطلب الرد فى أى وقت ، أم يكون الرد واجبا على المقترض عند المقدرة أو الميسرة فحسب . وفى حالة الشك تعتبر نيتهما قد إنصرفت إلى الوفاء عند الميسرة لأن الشك يفسر دائما لمصلحة المدين ويقترب التقنين المدنى العراقى من التقنينين المغربى واللبنانى ، إذ يعتبر أن عدم تحديد أجل للرد معناه أن يكون للمقرض أن يطلب الرد فى أى وقت.هذا عن زمان الرد . أما عن مكانه فإنه طبقا للمادة ٣٤٧ مدنى " يجب أن يكون فى المكان المتفق عليه وإلا كان الرد فى موطن المدين وقت الوفاء . أى أن الدين يكون مطلوبا فى موطن المدين ما لم يتفق على غيره ـــ أما الحكم فى القانون المغربى فهو أن يتم الرد فى المكان المتفق عليه ، فإذا لم يتفق على مكان وجب الرد فى مكان إنعقاد القرض (الفصل ٨٦٨ مغربى) (١) .

---

(١) تقدم نص مشابه هو المادة ٦٨٩ مدنى عراقى ، أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فيحدد مكان الوفاء فى المادة ٧٦٤ ونصها : " يجب على المقترض أن يرد الشىء المقرض فى المكان الذى عقد فيه القرض إذا لم يكن هناك إتفاق مخالف " .

المطلب الثانى

الإلتزام بالمصروفات

تتفق جميع التقنينات فى أنها تجعل مصروفات عقد القرض مثل السمسرة أو أتعاب المحامى أو الرسوم المقـررة أو مصروفـات الرهـن ومصروفـات تسلم المقترض للأشياء المقترضة ورده إياها الى المقرض، كـل ذلـك يقـع على عـاتق المقترض.

ولكن هذا الحكم غير متعلق بالنظام العام، فيجـوز للأطـراف الإتفـاق علـى خلافه فيمكنهم مثلا أن يتفقوا على أن تكون المصروفـات مناصفـة بينهم أو بأيـة نسبة أخرى.

المطلب الثالث

الإلتزام بالفوائد

تنص المادة ٥٤٢ مدنى على أنه: " على المقترض أن يدفع الفوائـد المتفـق عليها عند حلول مواعيد إستحقاقها فـإذا لـم يكـن هنـاك إتفـاق علـى فوائـد إعتـبر القرض بغير أجر".

الأصل أن يكون القرض بلا فائدة (١) . وإذا أراد المقرض الحصول على فائدة وجب عليه أن يشترط ذلك فالأصل فى عقد القرض أنه من عقود التبرع ولكنه يتحول الى عقد معاوضة إذا إشترطت الفائدة . ومع ذلك فإذا إنتهى أجل القرض ووجب على المقترض الرد فتأخر فيه تسرى عليه فوائد تأخيرية بالسعر القانونى وهو ٤٪ فى القروض المدنية و ٥٪ فى القروض التجارية، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية دون إثبات ضرر لحق المقرض من التأخير (المادتان ٢٢٦ ، ٢٢٨ مدنى).

وتشترط الفوائد فى صور مختلفة منها :

١- اشتراط فائدة سنوية بنسبة مئوية من المبلغ . ولا تسرى الفائدة إلا من تاريخ تسلم مبلغ القرض الا إذا كان التاخر فى تسلمه بخطأ من المقترض. والفائدة الإتفاقية لايزيد سعرها على ٧٪ سنويا وتستثنى البنوك من ذلك .

٢- إشتراط مبلغ إجمالى فوق القرض يسمى prime de remboursement وهذه تتقيد أيضا بالحد الأقصى للفوائد الإتفاقية.

٣- إشتراط رد القرض إقساطا سنوية متساوية، يتضمن القسط الأول فوائد القرض كله عن السنة الأولى مع جزء بسيط من رأس المال . والقسط الثانى يشمل فوائد ما بقى من القرض مع جزء أكبر من رأس المال وتتدرج الأقساط بحيث تقل فى كل عام نسبة ما يؤدى من الفائدة (مع ثبات سعرها) وتزيد نسبة ما يؤدى من رأس المال حتى يحل القسط الأخير فتكون الفائدة فيه على الجزء المتبقى من رأس المال مع سداد هذا الجزء نفسه (٢).

---

(١) الأحكام الوارده فى هذا المطلب لانظير لها فى البلاد التى تحرم التعامل بالفوائدمثل المملكه العربية السعودية واليمن . اما فى المغرب فرغم وجود نص بالتحريم إلا أنه عملا غير مطبق.

(٢) تتميز القروض المصرفية بأوضاع خاصة بها ، ويمكن الرجوع اليها فى كتابنا : موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية - الجزء الثالث طبعة ١٩٩٣ .

وينتهى سريان الفوائد بإنتهاء أجل القرض ورده فإن لم يتم الرد يسرى السعر القانونى من تاريخ المطالبة القضائية ولكن الغالب أن يشترط المقرض إستمرار السعر الإتفاقى حتى تمام الرد أو السداد فلا يسرى السعر القانونى.

وإذا لم تسدد الفوائد فى مواعيدها أمكن الزام المقترض بسدادها فإذا كان بيد المقرض سند تنفيذى (ومنه العقد الرسمى) أمكن أن ينفذ على أموال المقترض، كما أن المقرض قد يطلب فسخ العقد ويسترد مبلغ القرض وفوائده والتعويض المحكوم به من وقت الحكم بالفسخ ولا يكون للفسخ أثر رجعى لان القرض كما تقدم من العقود الزمنية.

وتقضى المادة ٥٤٤ مدنى بأنه:

" إذا إتفق على الفوائد كان للمدين إذا إنقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما إقترضه على أن يتم الرد فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقه عن ستة الأشهر التالية للإعلان. ولايجوز بوجه من الوجوه الزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء . ولا يجوز الإتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد او الحد منه ".

ويشترط لتطبيق هذا النص الشروط التالية:

١- أن يكون القرض قرضا بفائدة الى أجل معين يزيد على سنة.

٢- إنقضاء ستة أشهر على تسلم مبلغ القرض.

٣- إعلان المقترض الى المقرض بالرغبة فى إنهاء القرض وفى رد مبلغه . وهذا الإعلان لايلزم أن يكون على يد محضر بل يمكن بكتاب مسجل أو غير مسجل أو شفاهة ويتحمل المقترض عبء إثباته.

٤- أن يتم رد المثل فعلا فى أجل لايجاوز ستة إشهر من تاريخ وصول الإعلان المذكور الى المقرض.

٥- أن يدفع المقترض فوائد ستة الأشهر السابقة على الإعلان وستة الأشهر اللاحقة عليه اى يدفع فوائد سنة كاملة ويمكن الاتفاق على خلاف ذلك تخفيفا على المدين .

وبتوافر هذه الشروط ينقضى القرض قبل الأجل المعين له بإرادة منفردة من جانب المقترض ولو كان الأجل مشترطا لصالح المقرض ولم يطلب تعجيل الوفاء وذلك تيسيرا على المقترضين، خاصة فى القروض طويلة الأجل . وأحكام المادة ٥٤٤ مدنى متعلقة بالنظام العام فلا يجوز حرمان المقترض من حق تعجيل رد الدين او الحد منه بأى شرط يوضع فى العقد.

الفصل الرابع

الدخل الدائم

تنص المادة ٥٤٥ مدنى على أنه:

" ١- يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدى على الدوام الى شخص آخر والى خلفائه من بعده دخلا دوريا يكون مبلغا من النقود او مقدارا معينا من أشياء مثلية اخرى ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة او التبرع او بطريق الوصية.

"٢- فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة إتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض بفائدة ".

وتنص المادة ٥٤٦ مدنى على أنه:

"١- يشترط فى الدخل الدائم أن يكون قابلا للإستبدال فى أى وقت شاء المدين . ويقع باطلا كل إتفاق يقضى بغير ذلك.

"٢- غير انه يجوز الإتفاق على الا يحصل الإستبدال مادام مستحق الدخل حيا او على الا يحصل قبل إنقضاء مدة لايجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة.

"٣- وفى كل حال لايجوز إستعمال حق الإستبدال الا بعد إعلان الرغبة فى ذلك وإنقضاء سنة على هذا الإعلان"

وتنص المادة ٥٤٧ مدنى على أنه" يجبر المدين على الإستبدال فى الأحوال الآتية:

"أ- إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين رغم إعذاره.

"ب- إذا قصر فى تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات أو إذا إنعدمت التأمينات ولم يقدم بدلا عنها.

"ج - إذا أفلس أو أعسر".

تاريخ الدخل الدائم :

كان الدخل الدائم معروفا منذ عهد القانون الرومانى حيث كان يعتبر قرضا مستترا يقصد منه التحايل على قاعدة عدم جواز أن تزيد الفوائد عن رأس المال وعرفه أيضا القانون الكنسى ولكنه لم يلبث أن قيده بالقيود التى ترد على الفوائد، وعرفه القانون الفرنسى القديم. وفى قانون جستنيان كانت الفائدة فى الدخل الدائم تعتبر دخلا دوريا وليست فائدة . وعن طريق التقنين المدنى الفرنسى عرفت التقنينات الحديثة الدخل الدائم. غير أن إستخدامه فى العصر الحالى نادر والغالب هو إستخدام عقد القرض . ومن أبرز الصور التى يستخدم فيها ما تصدره الحكومات او الشركات او البنوك المركزيه من سندات القروض حيث تعتبر المبالغ المكتتب بها قرضا يشترى به السندات وتكون مدتها طويلة جدا قد تزيد عن عشر سنوات،وقد تصل الى خمسين سنه او أكثر. وتستهلك فى كل عام كمية من السندات برد قيمتها الإسميه الى أصحابها ويتوقف حصولهم على الفائدة . وتعطى هذه السندات الحق فى الحصول على فائدة سنوية عادة ما تكون دون السعر الإتفاقى للفوائد وربما دون السعر القانونى لها وتعوض عن ذلك بجوائز يانصيب للسندات الفائزة .

ومع ذلك لايوجد ما يمنع من أن تزيد على أسعار الفائدة الإتفاقية والقانونية إذا كانت صادرة من المصارف.

وإذا أراد صاحب السند الحصول على قيمته أمكن أن يبيعه فى البورصه إذا كان متداولا بها فيحصل على قيمة تختلف فى أغلب الأحيان عن القيمة الإسمية زيادة أو نقصانا حسب المزايا التى يعطيها السند.

مصادر الدخل الدائم:

والدخل الدائم يمكن أن يتم بإتفاق او بإرادة منفردة او أن يكون تصرفا بين الأحياء او بسبب الوفاة . فينتج من إتفاق إذا كان بعقد قرض او هبة او بيع ويكون بإرادة منفردة كالوصية وهى تصرف مضاف الى ما بعد الموت (٢).

---

(١) السنهورى: ج ٥ – فقرة ٣١٩

(٢) عرفة: ٣٧٣.

ويكون الدخل الدائم لمدة غير معينة او لمدة معينة، وقد يكون مدى حياة مستحق الدخل أو له اثناء حياته ثم لورثته وورثة ورثته وإن نزلوا، من بعده . ومن أهم المبادئ التى يقوم عليها الدخل الدائم قابليته للإستبدال اى قابليته لتحويله الى رأس مال يؤدى مرة واحدة وينقضى دوامه بذلك.

والسبب فى تقرير هذا المبدأ هو أن الإلتزام لايجوز أن يظل مؤبدا لانهاية له وهذا مبدأ متعلق بالنظام العام لذلك أجيز للمدين بالدخل الدائم إستبداله دون أن يجبر على ذلك . ويندر أن يكون المدين فى الدخل الدائم فردا بل عادة ما يكون شخصا معنويا.

صور الدخل الدائم: أهم الصور التى ينشأ منها الدخل الدائم هى:

١ – **عقد القرض:** حيث يقدم المقرض مبلغا مجمداويحصل على دخل يعتبر فائدة دورية يحصل عليها طول حياته وحياة أولاده وأحفاده ومن يليهم.

٢ – **عقد البيع :** حيث يبيع شخص عقارا مثلا ويحدد فى العقد ثمنه ولكن لايدفع الثمن وإنما يحوله الى دخل دائم، او لايحدد الثمن اصلا ويلتزم المشترى بأداء الدخل الدائم.

٣ – **عقد الهبة :** فيهب شخص لآخر مبلغا من النقود او أشياء مثليه اخرى كالغلال او المأكولات فى مواعيد دورية ولايؤدى المتهب شيئا وهذه الهبة لاتكون رضائية بل إما ان تكون بورقة رسمية او أن تتم بالتسليم فتكون عقدا عينيا.

٤ – **الوصية :** وتنصب على أداء الدخل الدائم للموصى له بعد وفاة الموصى.

ويجب أن تستوفى الهبة الشكل المنصوص عليه فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنه ١٩٤٦. فالمادة الثانية من هذا القانون تنص على أن " تنعقد الوصية

بالعبارة او بالكتابة(فإذا كان الموصى عاجزا عنهما إنعقدت الوصية بإشارته المفهمة). ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية او الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث (اى الحالات) السابقة على سنة ١٩١١ الأفرنجية . إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى الا إذا وجدت أوراق رسمية او مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر او كانت ورقة الوصية او الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها". فالشكل المطلوب هو أحد أشكال ثلاثة :

١- ورقة رسمية .

٢- ورقة عرفيه مصدق على إمضاء أو ختم الموصى فيها.

٣- ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه (١).

وقابلية الدخل الدائم للاستبدال شرط أساسى لايجوز الإتفاق على حرمان المدين منه والا كان التزامه مؤبدا ومخالفا بذلك للنظام العام ، ولا تكون الفائدة اعلى من السعر القانونى للفائدة الاتفاقية (٢) . وعلى ذلك اذا كان مصدر السند الذى يغل دخلا دائما بنكا من البنوك فإنه لايخضع للسعر الإتفاقى المدنى(٧٪) بل يكون طبقا للفوائد الإتفاقية الخاصة بالبنوك والتى عادة ما تزيد على هذاالسعر. حيث أن البنوك مطلقة اليد فى تحديد أسعار الفائدة الدائنة والمدينة بنصوص تشريعية خاصة بها.

ونتيجة لذلك فإن مجموع الدخل الدائم الذى يتقاضاه الدائن يجوز أن يكون أكثر من رأس المال حتى ولو كان المدين ليس بنكا . وللدائن بالدخل ان يتقاضى فوائد تأخيرية إذا تأخر المدين عن دفع الدخل فى الميعاد وذلك بالسعر القانونى ويجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد. وإذا كان الدخل تبرعا فلا يوجد حد اقصى للفائدة لعدم وجود رأس مال(٣).

---

(١) السنهورى: الوسيط ج ٩- فقرة ٧٤- ص ٢٠٨.

(٢) عرفة : ص ٣٧٣ و ٣٧٤

(٣) السنهورى: الوسيط - ج ٥ - فقرة ٣٢٤ ص ٤٨٩.

والدخل الدائم لاينقضى بوفاة المدين إذا كان شخصا طبيعيا بل يبقى فى تركته فيقتطع منها رأس مال تكفى فائدته للوفاء بالدخل . وإذا توفى الدائن إنتقل الدخل لورثته ووزع عليهم طبقا للأنصبة الشرعية فى الميراث . ويغلب أن يستحق الدخل سنويا . ويدفع الدخل فى المكان المنصوص عليه فى سند ترتيبه فإن لم يحدد فيه كان واجب الدفع فى موطن المدين بالدخل(١).

وإذا لم يدفع المدين الدخل جاز للدائن أن يطالب بالاقساط وبالفوائد التأخيرية قضاء ويجوز له كذلك إذا إمتنع المدين عن الوفاء سنتين متواليتين رغم اعذاره ان يجبر المدين على الإستبدال ويعتبر ذلك فسخا للدخل.

أسباب إنقضاء الدخل: ينقضى الإلتزام بدفع الدخل - إذا كان قسطا دوريا- بدفع القسط او بالتجديد او المقاصة أو إتحاد الذمة او الإبراء او التقادم الخمسى الذى يسرى من وقت حلول القسط . أما إذا كان الإلتزام التزاما بدفع الدخل فى مجموعه فلا يسقط بوفاء إقساط الدخل مهما كثرت لأنها تتجدد دائما . ولكن يسقط بالتجديد والمقاصة وإتحاد الذمة والابراء وبالتقادم الطويل الذى يبدأ سريانه من وقت وجود الإلتزام بالدخل الدائم حتى قبل حلول اى قسط.

الإستبدال : إستبدال الدخل الدائم سبب من أسباب إنقضائه. والإستبدال حق للمدين لينهى التزامه . فإذا لم يرد ذلك بقى دائما مالم يقم سبب من أسباب اجبار المدين على الإستبدال. ولايجوز الإتفاق على حرمان المدين من حق الإستبدال . ومع ذلك يجوز تقييد القابليه للإستبدال لمصلحة الدائن فى حدود معينة، فيجوز مثلا الإبقاء على الدخل دون إستبدال مدى حياة الدائن، ويجوز الإتفاق على عدم حصول الإستبدال قبل مضى مدة معينة ولكن هذه المدة يجب الا تزيد عن ١٥ سنه . ويجب لإستخدام حق الإستبدال توافر شرطين: الأول: أن يعلن المدين عن رغبته فى الإستبدال الى الدائن . ولايشترط شكل معين للإعلان فيصح حتى شفويا ويتحمل المدين عبء إثباته . والثانى أن تنقضى سنه على وصول الإعلان الى الدائن . ومع ذلك فإن هذا الإعلان بعد حصوله غير

---

(١) السنهورى ، الوسيط ج ٥ الفقرتين ٣٢٥ ، ٣٢٦

ملزم للمدين فيملك ان يعدل عنه ويستمر فى آداء الدخل بعد مضى السنه ولايدفع مبلغ الإستبدال . ولكن إذا كان الدائن قد ابدى قبولا لرغبة الإستبدال فإنه بذلك ينعقد عقد بين الطرفين فلا يملك المدين العدول الا بموافقة الدائن (١).

كيفية الإستبدال:

تنص المادة ٥٤٨ مدنى على انه:

"١- إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود تم الإستبدال برد المبلغ بتمامه او برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك.

"٢- وفى الحالات الأخرى يتم الإستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل".

وفى تطبيق هذا النص يفرق الفقه بين حصول الدخل مقابل مبلغ من النقود وحصوله فى مقابل غير النقود أو بغير مقابل.

فإذا كان ترتيب الدخل حاصلا مقابل مبلغ من النقود كان هذا المبلغ هو الواجب رده. وقد يكون متفقا على رد مبلغ أقل منه فيكون الدائن قد تبرع بالفرق للمدين . ولكن لايجوز الإتفاق على رد مبلغ اكبر درءا لشبهة الربا الفاحش (٢).

أما إذا رتب الدخل تبرعا أو بقرض رأس المال فيه أشياء مثليه غير النقود وكان الدخل مبلغا من النقود فإن رأس المال يقدر بأن يؤخذ دخل السنة الواحدة أساسا للتقدير ويقدر رأس المال بحيث يكون هذا الدخل هو فائدته محسوبة بالسعر القانونى (٣) . مثال ذلك إذا كان الدخل مائة جنيه فى السنه فى مسألة مدنية يقدر رأس المال بحيث تكون المائة هى فائدته محسوبة بسعر ٤٪ سنويا فيكون رأس المال هو ١٠٠× ١٠٠÷٤ = ٢٥٠٠جنيه.

---

(١) السنهورى: الوسيط ج ٥ - فقرة ٣٣٤.
(٢) السنهورى: الوسيط - ج ٥ - فقرة ٣٤١، عرفه: ص ٣٧٥.
(٣) السنهورى: الوسيط - ج ٥ - فقرة ٣٤٢.

وقد يقع الإستبدال جبرا على المدين وذلك فى الحالات التالية:

أولا : إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين وإعذره الدائن فلم يدفع فيجوز للدائن طلب فسخ الدخل وإجبار المدين على رد رأس المال . أما إذا كانت عدة سنوات ولكن ليس فيها سنتان متتاليتان فلا يجوز الفسخ ويمكن طلب إجبار المدين على الدفع.

ثانيا: تقصير المدين فى تقديم تأمينات وعد بها اوكانت موجودة وزالت: وأساس الإستبدال هنا سقوط الأجل.

ثالثا : إعسار المدين أو إفلاسه : فيجوز فى هاتين الحالتين إجبار المعسر او المفلس على الإستبدال ورد راس المال(١) ولكن سيتأثر الدائن بنتائج الإعسار او الإفلاس.

الفرق بين الدخل الدائم والمرتب مدى الحياة:

تقترب من الدخل الدائم صورة المرتب مدى الحياة او الراتب العمرى . ويمكن التمييز بينهما من الأوجه التاليه :

١- المرتب مدى الحياة يستمر مدى حياة من رتب الإيراد على حياته وينقضى بوفاته. اما الدخل الدائم فإنه يورث.

٢- المرتب مدى الحياة غير قابل للإستبدال بينما من مستلزمات الدخل الدائم ان يكون قابلا للإستبدال.

٣- يجوز فى المرتب مدى الحياة أن يزيد على سعر الفائدة القانونية أو الإتفاقيه لانه ليس كله فائدة عن رأس المال بل فيه الفائدة وفيه جزء يقابل استهلاك رأس المال تدرجا . أما الدخل الدائم فإنه يعتبر كله فائدة عن رأس

---

(١) السنهورى : الوسيط ج ٥ - الفقرات ٣٣٦ - ٣٣٨.

المال وليس فيه إستهلاك لرأس المال ومن ثم يتقيد بسعر الفائدة الإتفاقى.

٤- المرتب مدى الحياة تشترط فيه الرسمية إذا كان هبة، وتشترط فيه الكتابة العادية إذا لم يكن تبرعا (المادة ٧٤٣ مدنى) . أما الدخل الدائم فلا تشترط الشكلية فيه الا إذا إتخذ صورة عقد اشترط القانون له شكلا معينا (١).

---

(١) السنهورى: الوسيط ج ٧ المجلد الثانى فقرة ٥١٦ ص ١٠٤٣ - ١٠٤٥.

القسم الثانى

العقود التى تـــرد على المنفعـــة

الباب الوحيد عارية الاستعمـــال

باب وحيد

عقد عارية الإستعمال

العارية فى الفقه الإسلامى نوعان : عارية إستهلاك هى عقد القرض ، وعارية إستعمال هى التى نتناولها الآن . وقد سبق أن رأينا أن العقدين مختلفين ولا يجمعهما سوى إسم العارية . والقرض يرد على الملكية وعارية الإستعمال ترد على المنفعة والقرض من عقود التصرف اما عارية الإستعمال فهى من عقود الإدارة . والقرض يرد على شىء مثلى قابل للإستهلاك . أما عارية الإستعمال فترد على شىء قيمى او على شىء مثلى منظور اليه فى ذاته بحيث تكون له ذاتية ملحوظة تستوجب رده بذاته، ويكون دائما غير قابل للاستهلاك.

وما دمنا قد عرضنا لاختلاف عارية الإستعمال عن القرض، فإننا نبين أيضا إختلافها عن العقود الأخرى التى تقترب منها.

عارية الإستعمال والإيجار: الإيجار وعارية الإستعمال يرد كلاهما على المنفعة والفارق الأساسى بين عارية الإستعمال والإيجار هو المقابل، فعارية الإستعمال من عقود التبرع، إذ لايؤدى المستعير شيئا، أما الإيجار فيكون دائما بمقابل نقدى او غير نقدى، فهو عقد معاوضة.

عارية الإستعمال والوديعة : الغرض من الوديعة هو حفظ الشىء ، وليس للمودع عنده إستعمال الشىء الا إذا اذن له فى ذلك المودع ويبقى مع ذلك الغرض الأساسى من الوديعة هو حفظ الشىء . أما عارية الإستعمال فالغرض الأساسى فيها هو إستعمال المستعير للشىء، والحفظ تابع لهذا الغرض. فالفيصل إذن هو الغرض الأساسى : ان كان الحفظ كانت وديعة وان كان الإستعمال كانت عارية إستعمال.

عارية الإستعمال والإنتفاع : حق الإنتفاع حق عينى، اما عارية الإستعمال فلا تعطى المستعير إلا حقا شخصيا . والمنتفع يملك التصرف فى المنفعة بعوض ولا يملك ذلك المستعير. والإنتفاع قد يكون بمقابل اى معاوضة اما عارية الإستعمال فلا تكون الا تبرعا . وحق الإنتفاع بعقار لاينشا إلا بالتسجيل فى السجل العقارى اما استعارة العقار فتتم بغير تسجيل.

ولبيان أحكام عارية الإستعمال نقسم هذا الباب الى اربعة فصول هى:

الفصل الأول : تعريف عارية الإستعمال وبيان خصائصها.

الفصل الثانى : أركان عارية الإستعمال.

الفصل الثالث : آثار عارية الإستعمال.

الفصل الرابع: إنتهاء عارية الإستعمال.

الفصل الأول

تعريف وخصائص عارية الإستعمال

تنص المادة ٦٣٥ مدنى على أن " العارية عقد يلتزم به المعيرأن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة او فى غرض معين على ان يرده بعد الإستعمال ".

ومن هذا التعريف يخلص لنا ان لعارية الإستعمال خصائص هى انها عقد تبرع رضائى ملزم للجانبين، يرد على المنفعة ، وقد يقوم على الإعتبار الشخصى.

أولا : عقد تبرع : فلا مقابل يؤديه المستعير الى المعير، ولو كان هناك مقابل لكانت إيجارا لا عارية . وسنرى اثر ذلك على الأهلية فى الفصل التالى . وقد نصت على الصفة التبرعية للعارية المادة ٦٣٥ بقولها " بلا عوض " ولكن لايتعارض مع الصفة التبرعية ان يقتضى المعير تأمينا شخصيا او عينيا من المستعير ضمانا للشىء المعار.

ثانيا : عقد رضائى : فقد كانت العارية مع عقود اخرى من العقود الشكلية فى القانون الرومانى، ثم أستعيض عن الشكل بالتسليم فصارت عقودا عينية، وظلت كذلك حتى ورثها القانون المدنى الفرنسى، فإذا لم يتسلم الشىء لا تنعقد العارية، ولكنها لاتكون خالية من كل اثر بل تكون وعدا بالعارية، وهذا الوعد ملزم للواعد، ويمكن للمستعير أن يطالبه قضاء بتنفيذ وعده ، ويتسلم الشىء، وبذلك يصل الى نفس النتيجة التى يؤدى اليها العقد الرضائى . فالواعد يمكن الزامه بتنفيذ ما التزم به تنفيذا عينيا كما يمكن التنفيذ بطريق التعويض.

أما فى القانون المصرى فهى عقد رضائى يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول ودون تسليم الشىء . أما التسليم فهو التزام مترتب على العقد لاركن فيه

ومن القوانين التى اعتبرت العارية عقدا رضائيا قوانين : سويسرا والمانيا والصين وبولونيا وسوريا وليبيا (١).

ثالثا : عقد ملزم للجانبين : فالمعير يلتزم بعدم المطالبة بالرد إلا عند انتهاء الأجل. ويلتزم ببعض المصروفات التى تنفق على الشىء سنبينها فيما بعد والمستعير يلتزم بالمحافظة على الشىء طبقا للعقد والعرف وطبيعة الشىء ، ورده فى النهاية . ولا يتعارض مع ذلك كونها من عقود التبرع فعقد التبرع يمكن أن يكون ملزما للجانبين.

رابعا : عقد يرد على المنفعة : فهو من عقود التفضل وهى نوع من التبرعات لايخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله وانما يخرج عن منفعته فحسب.

ولذلك تختلف العارية عن الهبة فى أن الهبة عقد يخرج فيه الواهب عن ملكية مايهب. وتتفق العارية فى كونها ترد على المنفعة مع عقدالإيجار ومع حق الإنتفاع، وقد بينا أوجه اختلافهما عنها.

خامسا : العارية قد تقوم على الإعتبار الشخصى : ذلك أن المعير إذ يتبرع يدخل فى إعتباره صلة خاصة تربطه بالمستعير، ولكن يمكن أيضا الا تقوم على الإعتبار الشخصى ، وسنرى أن هناك أحكاما تختلف بناء على وجود أو إنتفاء هذا الإعتبار.

---

(١) السنهورى : ج ٦ ، المجلد الثانى ، ص ١٥٠٨ ، هامش ٢ .

الفصل الثانى

أركان عارية الإستعمال

اركان عارية الإستعمال هى الرضا والمحل والسبب :

الرضا : فى التشريعات التى تجعل عارية الإستعمال عقدا رضائيا يكفى تبادل إيجاب وقبول متوافقين متطابقين لانعقاد العقد، وذلك كالتشريع المصرى . أما فى التشريعات التى تجعل العارية عقدا عينيا، كالتشريع الفرنسى، فلا يكفى الإيجاب والقبول لانعقاد العقد بل يلزم فوق ذلك تسليم الشىء الى المستعير أو نائبه (١) .

ويجب أن يكون الرضا خاليا من العيوب .

ويجب توافر أهلية الادارة فى المعير: فلا تجوز العارية من مجنون أو صبى غير مميز، وتصح من مميز إذا كان مأذونا فى الإدارة ولايجوز للوصى أن يعير مال القاصر.

أما المستعير فهو يتلقى تبرعا، فلا تلزم فيه سوى أهلية التعاقد او أهلية الإغتناء، فإذا كان صبيا مميزا وقبل العارية كان العقد صحيحا (٢) .

المحل : يتكون المحل فى العاريةمن عنصر واحد هو الشىء المعار، ولا يقابله شىء فى ذمة الطرف الآخر. ويجوز أن يكون الشىء المعار عقارا أو منقولا وان كان الغالب ان يكون منقولا . أما العقار فيغلب فيه منح حق سكنى او حق إستعمال او حق انتفاع . وإذا وردت العارية على عقار فلا يحتاج

---

(١) السنهورى: ج ٦ – المجلد الثانى – ص ١٥٠٨ – هامش رقم ٢.

(٢) وتجوز العارية ممن له حق التصرف فى الإنتفاع، فتجوز من المالك ووليه والوكيل عنه وكالة خاصة ، والمنتفع والمستاجر الذى ليس ممنوعا من التنازل . اما المستعير فى القانون المصرى فان اعارته لا تنفذ فى حق المالك.
انظر السنهورى: ج ٦ – فقرة ٨٣١– ص ١٥١٦.

حق المستعير الى تسجيل لانه حق شخصى ويجب ان يكون محل العارية شيئا معينا بالذات غير قابل للإستهلاك وقابلا للتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام والآداب. وعلى ذلك فالشيء المعين بالنوع والقابل للاستهلاك إذا كان محلا للعقد كان العقد عقد قرض لا عارية إستعمال . وإذا كان الشيء مما لايجوز التعامل فيه بطبيعته أو لمخالفة ذلك للنظام العام والآداب كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . فلا تجوز إعارة اسلحة غير مرخصة(١) ، بل لاتجوز إعارة الأسلحة المرخصة أيضا لأن الترخيص خاص بصاحبه ولا يتيح لغيره إستعمال هذا السلاح.

السبب : يجب أن يكون السبب فى العارية سببا مشروعا، والا كانت باطلة بطلانا مطلقا . فإذا إستعار شخص سلاحا ليقتل به آخر كان عقد العارية باطلا.

التسليم : التسليم ركن فى عقد العارية فى القانون الفرنسى، وهو التزام مترتب على العقد فى القانون المصرى.

وطبقا للقانون الفرنسى يجب أن يتم تسليم الشيء لينعقد العقد . (٢) ولكن التسليم يجوز أن يكون تسليما فعليا او تسليما حكميا . فإذا كان الشيء موجودا من قبل لدى المستعير بصفته مودعا لديه او مرتهنا، وإنقضت الوديعة أو الرهن وإتفق على العارية، فإن المستعير لايتسلم الشيء من جديد، فهو موجود لديه من قبل ولذا يكون التسليم حكميا.

إثبات العارية: غالبا ما تكون العارية عقدا مدنيا ، فيخضع إثباته للقواعد العامة فإذا زادت قيمة الشيء عن النصاب وجب إثبات العقد بالكتابه أو ما يقوم مقامها وإن قلت عن ذلك جاز إثباته بالبينه والقرائن.

ويندر أن تكون العارية عقدا تجاريا، ولكن إذا اتصفت بهذا الوصف جاز إثباتها بكل طرق الإثبات كما هى القاعدة فى المسائل التجارية أيا كانت قيمة الشيء المعار.

---

(١) السنهورى : ج ٦ فقرة ٨٣٥ – ص ١٥١٩ .
(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه : ج ١١ ، فقرة ١١٣٠ ، ص ٤٤٩

وفـائدة الإثبـات بالكتابـة فـى العاريـة فـائدة محققـة وهامـة، حتـى لايدعـى المستعير انه تلقى الشىء هبة لاعارية ، ويستند الى حيازته الشىء وهى عنصـر يدعم إدعاءه ، كذلك يهم المستعير إثبـات العاريـة بالكتابـة حتـى لايطالبـه المعـير باجرة مدعيا ان العقد إيجار (١).

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه: ج١١ - فقرة ١١٣٠- ص ٤٤٩.

الفصل الثالث

آثار عارية الإستعمال

ترتب عارية الإستعمال إلتزامات على المستعير هى : إستعمال الشىء فيما أعد له ، والمحافظة عليه، وأداء بعض المصروفات المتعلقة به ورده الى المعير.

أما المعير فيلتزم بعدم مطالبة المستعير برد الشىء الا فى الموعد المتفق عليه، ويلتزم بأداء أنواع معينة من المصروفات المتعلقة بالشىء ويلتزم بضمان الإستحقاق والعيوب الخفية فى بعض الحالات . وفى مبحثين متعاقبين نتناول التزامات المعير والمستعير.

المبحث الأول

إلتزامات المستعير

سوف نعالج كل التزام من التزامات المستعير فى مطلب على النحو التالى:

المطلب الأول : الإستعمال.

المطلب الثانى : الحفظ

المطلب الثالث : المصروفات.

المطلب الرابع : الرد.

المطلب الأول

الإستعمال

حدد المشرع كيفية الإستعمال ونطاقه، ثم بين الجزاء الذى يترتب على مخالفة ذلك. لذلك نبين هاتين المسألتين فى فقرتين مما يلى:

١ - كيفية الإستعمال ونطاقه :

نصوص قانونية: نصت المادة ٦٣٩ مدنى على أنه: " ١- ليس للمستعير أن يستعمل الشىء المعار الا على الوجه المعين وبالقدر المحدد وذلك طبقا لما يبينه العقد او تقبله طبيعة الشىء او يعينه العرف ، ولايجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الإستعمال للغير ولو على سبيل التبرع.

٢- ولا يكون مسئولا عما لحق الشىء من تغيير او تلف يسببه الإستعمال الذى تبيحه العارية " (١).

الواقع أن الإستعمال ليس التزاما على المستعير فى ذاته، وإنما هو حق له ولكنه بلاشك يصبح التزاما عليه إذا كان ترك الشىء بلا إستعمال من شأنه أن يضر به، فيكون هذا الإضرار إخلالا بالإلتزام بالمحافظة على الشىء، ومن هنا يصبح الإستعمال واجبا للوفاء بالإلتزام بالمحافظه، ويكون المستعير مسئولا إذا لم يقم به .

وعندما يستعمل المستعير الشىء - سواء بوصفه حقا او التزاما- يتقيد

---

(١) تطابق النص المصرى المادة ٥٠٦ مدنى سورى والمادة ٦٣٤ مدنى ليبى، أما القانون العراقى والقانون اللبنانى فأحكامهما أقرب الى القانون المغربى (المواد ٨٥١-٨٥٩ مدنى عراقى والمواد ٧٣٥-٧٥٣ موجبات لبنانى) . أما القانون المغربى فمواده هى الفصول ٨٢٧ الى ٨٢٩ إلتزامات وعقود .

بما نص عليه العقد ويقضى به العرف. فإذا كان المعير قد قيد إستعمال الشىء بألا يجرى الا فى أماكن معينة او فى ساعات معينة فيجب على المستعير أن يتقيد بذلك فلا يخرج عليه . فإذا إستعار شخص سيارة قيده صاحبها بألا يخرج بها خارج المدينة أو بألا يسير بها ليلا، أو بأن يقوم بإستعمالها ساعتين فقط يوميا، كان المستعير مسئولا عن تجاوز هذه الحدود . وإذا لم يقض الإتفاق بشىء، ولكن العرف كان يجرى على إستخدام الشىء بطريقة معينة وجب على المستعير أن يتبع ما يقضى به العرف وتكون القاعدة العرفيه جزءا من الإتفاق على العارية ويعتبر المتعاقدان قد ركنا اليها إذا لم ينصا على غيرها.

فإذا لم توجد قاعدة إتفاقية أو عرفية، وجب الرجوع الى طبيعة الشىء، فيقوم المستعير بإستعمال الشىء فيما تقتضيه طبيعته، فلا يجوز أن يستعمل سيارة ركوب خاصة ، فى نقل البضائع، ولا أن يستعمل جهاز راديو صغير فى الإستماع بصفة مستمرة الى محطات الإذاعة البعيدة جدا، ولا أن يستعمل دراجة بخارية فى السير آلاف الكيلومترات بدون إعطاء المحرك فرصة للسكون حفاظا على سلامته . فإذا جاوز المستعير ما تقتضيه طبيعة الشىء كان مسئولا عما يقع من ضرر بالمعير.

وللمستعير أن يستعمل الشىء بنفسه وبواسطة تابعيه . فيستطيع أن يستخدم سائقا للسيارة التى إستعارها . ولكن ليس معنى منحه الإستعمال فى عقارانه يستطيع أن يرتب على العقار المعار حق إستعمال، فهذا يجاوز حدود حق المستعير، فحقه شخصى، وحق الإستعمال حق عينى، وليس لصاحب الحق الشخصى ان يرتب على حقه حقا عينيا.

وليس للمستعير أن يمنح منفعة الشىء للغير فى حالات معينة هى:

١- إذا نص العقد أو قضى العرف بالا يعار الشىء.

٢- إذا كانت العارية قائمة على الإعتبار الشخصى، أى كان منظورا فيها الى شخص المستعير.

٣- إذا كانت العارية قد تمت لغرض محدد على وجه التخصيص، كما لو أعيرت سيارة للسفر بها الى مدينة معينة والعودة بها، فلا يجوز لغير المستعير أن يقوم بذلك.

٢- الجزاء على مخالفة طريقة الإستعمال :

لاشك فى أن المستعير يكون مسئولا عن كل ضرر يحدث للمعير نتيجة إستعماله الشيء فيما يخالف ما إتفق عليه أو ما جرى به العرف او ما تقتضيه طبيعة الشيء . وعلى المعير أن يثبت أن المستعير قد أساء الإستعمال ، فمجرد وجود تعيب فى الشيء لاينهض دليلا على سوء الإستعمال، فقد يقع هذا من الإستعمال العادى . لذلك يجب عليه أن يقيم الدليل على إساءة الإستعمال بأدلة أخرى غير التعيب.

ومتى قام الدليل على سوء إستعمال المستعير للشيء، كان المستعير ضامنا لماأصاب الشيء من هلاك أو تعيب . فيكون للمعير أن يطالبه بالتعويض مع إستمرار العارية، ويكون له أن يطلب فسخ العقد ورد الشيء اليه، مع الحصول على التعويض كذلك ، ويستطيع المعير أيضا أن يطلب إعادة الشيء الى حالته الإصلية بإصلاحه او ترميمه.

وإذا هلك الشيء بقوة قاهرة او حادث فجائى، فإن المستعير يضمن هذا الهلاك إذا كان يستعمل الشيء إستعمالا مخالفا لطبيعته أو لما يقضى به الإتفاق، أو إذا كان موعد رد الشيء قد حل وماطل فى رده، أو إذا أخل بالإلتزام بالمحافظة على الشيء، أو إذا كان المستعير قد تصرف فى منفعة الشيء للغير دون إذن من المعير وكانت العارية قائمة على الإعتبار الشخصى.

وبالعكس إذا هلك الشيء بقوة قاهرة أو حادث فجائى، فإنه يهلك على مالكه طالما أن المستعير لم يسيء الإستعمال ولم يماطل فى الرد ولم يقصر فى الحفظ ولم يتصرف فى المنفعة دون إذن المعير فى عارية تقوم على الإعتبار الشخصى . على أنه إذا كان المستعير فى وسعه أن يتحاشى الهلاك بقوة قاهرة أو حادث مفاجيء بإستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين إن ينقذ شيئا

مملوكا له أو الشيء المعار فإختار أن ينقذ ما يملكه كان مسئولا عن الهلاك . (المادة ٢/٦٤١ مدنى).

المطلب الثانى

الحفظ

تنص المادة ٦٤١ مدنى على أنه"١- على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشيء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

"٢- وفى كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجيء أو قوة قاهرة وكان فى وسعه ان يتحاشاه بإستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له او الشى المعار فإختار أن ينقذ ما يملكه"(١).

وقد إتخذ المشرع معيارين لمساءلة المستعير: معيار موضوعى ومعيار شخصى، فقضى بأن يبذل المستعير فى المحافظة العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله (وهذا هو المعيار الشخصى) دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (وهذا هو المعيار الموضوعى).

ولايجوز للمستعير أن يعهد الى غيره بحفظ الشيء ، وإذا فعل كان مسئولا فى حالة هلاك الشيء بقوة قاهرة أو حادث فجائى، فالأمر لايحتاج هنا الى إثبات خطأ فى جانبه، بل إنه يكفى ثبوت وجود الشيء فى يد الغير دون إذن المعير، سواء كان ذلك لحفظ الشيء أو على سبيل العارية.

(١) تطابق هذا النص المادة ٦٠٧ مدنى سورى والمادة ٦٤٠ مدنى ليبى، وتقاربه المادتان ٨٥٧ و ٨٥٨ مدنى عراقى ، والمادة ٧٣٤ قانون موجبات لبنانى والمادة ٨٣٦ التزامات وعقود مغربى.

ومع ذلك يجوز عند وجود ضرورة عاجلة أن يعهد المستعير الى الغير بالحفظ ، وفى هذه الحالة لايكون المستعير ضامنا الحادث الفجائى والقوة القاهرة .

المطلب الثالث

المصروفات

تنص المادة ٦٤٠ مدنى على أنه:" ١- إذا إقتضى إستعمال الشىء نفقة من المستعير فليس له إستردادها وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشىء صيانة معتادة.
"٢- وله أن ينزع من الشىء المعار كل ما يكون قد اضافه اليه على أن يعيد الشىء الى حالته الأصلية".

هناك أنواع من المصروفات يلتزم بها المستعير، وأنواع أخرى يلتزم بها المعير. وفى هذا الموضع نتناول النوع الأول.

فالمستعير يلتزم بمصروفات التسلم ومصروفات الرد . ويلتزم كذلك بمصروفات الصيانة المعتادة للشىء، وهذه المصروفات تشبه الترميمات التأجيرية . فإذا كان الشىء المعار سيارة كان على المستعير أن يقوم بالتشحيم فى المواعيد الدورية، وتغيير الزيوت والفلتر وما الى ذلك. كذلك يلتزم المستعير بالمصروفات اللازمة للإستعمال، فيلتزم بأن يزود السيارة بالبنزين.

وإذا كانت هناك مصروفات غير معتادة يحتاج اليها الشىء ، كان على المستعير أن يخطر بها المعير قبل إنفاقها . فإذا كان بسبب الإستعجال مضطرا لانفاقها قبل إخطار المعير جاز له ذلك. فإذا كانت السيارة المعارة مثلا تحتاج الى إصلاحات جسيمة (عمره للموتور مثلا) ولا يستطيع المستعير أن يرجىء سفره بها فإضطر الى آداء نفقات هذه الإصلاحات، كانت هذه نفقات غير معتادة

يتحملها المعير ويلتزم بردها للمستعير، ويكون للمستعير أن يحبس الشيء حتى يستوفى هذه المصروفات (١). ولكن إذا كان المستعير ملتزما بالرد فى موعد معين وأنفق هذه النفقات بعد حلول هذا الموعد، فهو مماطل فى تنفيذ الإلتزام بالرد ولا يكون له الحصول على هذه النفقات.

المطلب الرابع

الـرد

تنص المادة ٦٤٢ مدنى على أنه:

"١- متى إنتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذى تسلمه بالحالة التى يكون عليها وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف.

"٢- ويجب رد الشيء فى المكان الذى يكون المستعير قد تسلمه فيه مالم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك".

يلتزم المستعير برد الشيء الى المعير عند إنتهاء الأجل المتفق عليه ، وأن يرد معه ما طرأ عليه من الزيادات والتوابع . فإذا كان قد إستعار بعض الماشية فتوالدت التزم بأن يرد مع الماشية ما ولدت . وإذا لم يقم المستعير بالرد عند حلول الأجل أو رد الشيء دون توابعه كان مماطلا فى الرد فيترتب على ذلك عدم أحقيته فى إسترداد المصروفات التى يصرفها بعد حلول الأجل، وزيادة على ما تقدم تحمله ضمان الحادث الفجائى والقوة القاهرة.

وإذا لم يكن هناك أجل معين للرد كان له أن يستمر فى إستعمال الشيء طبقا لما نص عليه العقد حتى يتحقق له الغرض المنشود ، أو أن يستمر فى الإستعمال حسبما يجرى به العرف. فإذا لم يتبين من العقد غرض من الإستعمال كان للمعير أن يطلب رد الشيء فى أى وقت الا إذا كان العرف يقضى بغير ذلك

وطبقا للمادة ٦٤٥ مدنى " تنتهى العارية بموت المستعير مالم يوجد إتفاق يقضى بغيره " فيكون الرد واجبا على ورثة المستعير.

---

(١) السنهورى : ج ٦ ، فقرة ٨٥٦ ، ص : ١٥٣٩ .

وسواء حدد للإستعمال أجل أو لم يحدد، فإن المعير يكون له أن يطلب رد الشيء اليه دون إنتظار فى حالات معينة وهى(المادة ٦٤٤ مدنى):

١- إذا ظهرت حاجة عاجلة غير متوقعه للمعير : فهذه الحاجة تتميز بكونها لم تكن متوقعة عند إبرام عقد العارية . فإذا كان المعير يعلم بها أو يستطيع أن يتوقعها ومع ذلك أقدم على العارية، فلا يجوز له أن يسترد الشيء قبل إنتهاء الإستعمال أو حلول الأجل . وتتميز الحاجة أيضا بكونها عاجلة، فإذا كانت كذلك أمكن للمعير أن يسترد قبل إنتهاء الإستعمال وقبل حلول الأجل إما إذا كانت الحاجة التى أعوزته يمكن معها الإنتظار الى أن ينتهى الإستعمال او تنتهى المدة فليس للمعير الإسترداد.

٢- إذا كان المستعير يسيء الإستعمال أو يخالف نص العقد، فيجوز للمعير إسترداد الشيء ، ويحق له أن يطلب التعويض عن سوء الإستعمال.

٣- إذا اعسر المستعير بعد انعقاد العارية او كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير.

وغنى عن البيان أنه يمكن أن تضاف الى هذه الحالات حالة إخلال المستعير بواجب الحفظ وبالعناية المطلوبة . ويقع رد الشيء الى المعير فى نفس المكان الذى تم فيه تسليمه . ولكن من الممكن الإتفاق على خلاف ذلك وتحديد مكان آخر للرد.

المبحث الثانى

التزامات المعير

قدمنا أن المعير يلتزم بتسليم الشيء وبالبقاء على الأجل، ويلتزم ببعض المصروفات ويلتزم بضمان الإستحقاق والعيوب الخفية . ونقدم كلا من هذه الإلتزامات فى مطلب على حده.

المطلب الأول

الإلتزام بتسليم الشىء المعار

تنص المادة ٦٣٦ مدنى عا أن : " يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشىء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت انعقاد العارية وان يتركه للمستعير طول مدة العارية " .

اوضحنا من قبل ان التسليم التزام مترتب على عقد العارية وليس ركنا فيه الا فى التشريعات التى لازالت تعتبر هذا العقد عقدا عينيا . وتسرى على التزام المعير هنا قواعد التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة والبائع بتسليم المبيع والمقرض بتسليم الشىء المقترض ويسلم الشىء بالحالة التى يكون عليها وقت العقد وليس فى حالة صالحة للانتفاع كالايجار . ويتم التسليم بوضع الشىء تحت تصرف المستعير فى الزمان والمكان المعينين له ، واذا لم يتم ذلك جاز تنفيذ التسليم تنفيذا عينيا وان تعذر جاز التعويض . ولايتصور طلب الفسخ إذ ليست للمستعير فيه مصلحة . ويعتبر اعسار المستعير قبل التسليم سببا كافيا لامتناع المعير عن التسليم واذا هلك الشىء قبل التسليم او بعده لسبب اجنبى فهلاكه على المعير باعتباره المالك اما اذا هلك بخطأ المستعير كان هلاكه عليه ولايجوز للمعير ان يطلب رد الشىء اليه قبل انقضاء المدة الا فى الحالات التى يجوز فيها ذلك وسيأتى بيانها فى المطلب التالى .

المطلب الثانى

البقاء على الأجل

تبين من خلال عرضنا لالتزامات المستعير أنه لايلزم بالرد قبل حلول الأجل المتفق عليه أو قبل الإنتهاء من الاستعمال المتفق عليه او الذى يقضى به

العرف . ومؤدى هذا أن المعير يلتزم بعدم المطالبة بالرد خلال الأجل او الاستعمال.

غير أننا رأينا أيضا فيما تقدم حالات ثلاث يحق فيها للمعير أن يسترد الشيء وهى:

١- حالة الحاجة العاجلة غير المتوقعة.
٢- حالة إساءة الإستعمال.
٣- حالة تقصير المستعير فى العناية بحفظ الشيء.
وقد سبق شرح هذه الحالات.

المطلب الثالث

المصروفات

تنص المادة ٦٣٧ مدنى على أنه: " ١- إذا اضطر المستعير الى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية التزم المعير أن يرد اليه ما انفقه من المصروفات.

٢- أما المصروفات النافعه فتتبع فى شانها الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها من يحوز الشيء وهو سيء النية".

يلتزم المعير بالمصروفات الضرورية للإبقاء على الشيء أى بالإصلاحات الجوهرية فيه والمصروفات اللازمة لها . وإذا انفق المستعير شيئا منها كانت بالنسبة له مصروفات غير معتادة ويجب على المعير ان يؤديها اليه.

أما المصروفات النافعه فتتبع فى شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها الحائز سيء النية . وهى تقضى بأن يكون رجوع المستعير بها طبقا

لقواعد الإثراء بلا سبب، فيرجع بأقل القيمتين : ما أنفقه وما عاد على المعير من زيادة فى قيمة الشىء بسبب هذه النفقات.

المطلب الرابع

ضمان الإستحقاق والعيوب

تنص المادة ٦٣٨ مدنى على أنه "١- لاضمان على المعير فى إستحقاق الشىء المعار الا أن يكون هناك اتفاق على الضمان او أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الإستحقاق.

"٢- ولاضمان عليه كذلك فى العيوب الخفية غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشىء منه لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك".

عقد عارية الاستعمال من عقود التبرع . والمعير لايضمن فيه التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية الا فى حالات معينة :

فهو لايضمن الإستحقاق الا إذا كان قد تعمد إخفاء سببه وهذا نوع من الغش يستحق لاجله الزامه بالضمان بإرادته . وفعل المشرع المصرى مثل ذلك بالعيب الخفى ، فلا يضمنه المعير الا فى حالة الغش بأن اخفى العيب عمدا ، أو فى حالة ما إذا نص الإتفاق على أن يضمن المعير كل عيب خفى أو يضمن عيبا بعينه.

الفصل الرابع

إنتهاء العارية

تنص المادة ٦٤٥ مدنى على أن " تنتهى العارية بموت المستعير مالم يوجد إتفاق يقضى بغيره".

هناك أسباب عديدة لانتهاء العارية، فهناك أسباب لانقضائها قبل حلول الأجل، كما أنها تنقضى عند حلوله واليك بيان ذلك.

أولا- تنقضى العارية قبل إنقضاء الأجل بالأسباب التالية:

١- إذا أساء المستعير الإستعمال.

٢- إذا قصر فى واجب الحفظ

٣- إذا ظهرت حاجة عاجلة غير متوقعه للمعير.

٤- إذا ساءت الأحوال المالية للمستعير بعد إبرام العقد.

٥- إذا مات المستعير: وتختلف هذه الحالة عن الأربع السابقة فى أن المعير يطلب فى الحالات السابقة الفسخ، أما فى هذه الحالة - موت المستعير - فالعقد ينفسخ تلقائيا الا إذا نص فيه على أن يستمر ورثة المستعير فى الإستعمال. فإذا لم ينص العقد على ذلك التزم الورثة برد الشىء الى المعير ويتحملون بالتعويض عما يصيب الشىء من ضرر بفعلهم، وللمعير أن يرجع عليهم بالتعويض فى اموالهم الخاصة ، أما إذا كان الضرر بفعل المستعير فلا يرجع المعير عليهم الا فى حدود ما آل اليهم من التركة.

وتنقضى العارية أيضا بحلول الأجل المتفق عليه أو بإنتهاء الإستعمال المتفق عليه أو الذى يجرى به العرف، فإن لم يوجد إتفاق ولا غرض من الإستعمال محدد ولا عرف جار، كان للمعير أن ينهى العارية بإرادته المنفردة فى أى وقت . على أنه إذا كان الشىء المعار عقارا يستعمله المستعير، كان على المعير أن ينبه عليه بالإخلاء حتى يعد العدة لترك العقار. ولكن لايلزم أن يكون ميعاد التنبيه هو نفس ميعاد التنبيه الخاص بالإيجار، بل يمكن أن يكون مدة

معقولة يحددها المعـير، ولا يستفيد المستعير من أحكام الإمتداد القانونى لانـه خاص بعقود الإيجار دون العارية.

وتعتبر يد المستعير على الشىء يدا عارضة ، فليست له الحيـازه القانونيـة إذ أنه حائز عرضى، أما الحيازة القانونية فهى للمعير، ولذلك لايمكن أن يتملك المستعير الشىء بالتقادم المكسب مهما طالت مدة وضع يده عليه ، الا إذا بدل نية الحيازة واصبح يحوز لحساب نفسه وواجه المعير بهذا الإدعاء.

وللمعير بجانب دعوى العقد دعوى الإستحقاق وهى دعوى عينيـة تحمـى حق الملكية فلا تسقط بالتقادم إطلاقا ، ويستطيع المعـير أن يرفعهـا فـى أى وقت إذا كان هو المالك او نائبا عنه وسلم اليه الشىء ناقصا او بدون توابعه والزيادات الطارئه عليه.

القسم الثالث

العقود التى ترد على العمـــــل

الوديعة - الحراسة - الوكالة ووكالة المحامىعن المتقاضين

الباب الأول

عقد الوديعة

عقد الوديعة من العقود ذات الأهمية الكبيرة فى الحياة العملية ، يكاد يـأتى فى المرتبة بعد عقود البيع والإيجار والشركة والوكالة والمقاولة مـن حيث كثرة انتشاره . وهناك صور كثيرة من الوديعة نراها ، ولا يخطر ببالنا أنه توجد فيها وديعة :

فهناك فى البنـوك طـرق متعددة لايداع الأمـوال ، منهـا حسـابات الودائـع النقدية ، وايـداع الصكوك (الأوراق الماليـة) ، والإيـداع فـى الخزائـن الحديديـة ومخازن وشون الغلال والحبوب والبضائع.

وفى بعض المحلات العامة كالمطـاعم والفنـادق والاندية والمقـاهى توجـد أماكن لايداع الأشياء التى يحملها الزوار، وتعطـى عن الوديعـة تذكـرة مرقمـة ، وفى محطات السكك الحديدية والمطارات توجد أماكن لايداع الحقائب والصناديق التى يحملها المسافرون . وفى داخل المدينة حيث توجـد جراجـات كثيرة تـودع فيها السيارات والدراجات الواقفة توجد وديعة.

وكثير من الناس يأتمن صديقا له أو جارا أو قريبا على أشياء ثمينة يخشـى ضياعها خصوصا عند سفره أو إنشغاله.

ويجرى العرف فى مختلف البلاد على إطلاق لفظة الوديعـة Dépôt علـى عقد الوديعـة وعلى الشىء المودع ذاتـه والوديعـة قد تكون اختياريـة اى بمحض ارادة المودع ، وقد تكون اضطرارية ، أى لظروف اضطرارية أحاطت بـالمودع فألجأته الى إيداع ماله لدى الغير ، كذلـك هنـاك وديعـة النقـود والأشـياء المثليـة وهذه لا تعتبر وديعة كاملة بل قرضا أو وديعة ناقصة.

وعلى ذلك سيكون هذا الباب موزعا كالآتى:

الفصل الأول : تعريف الوديعة وبيان خصائصها.

الفصل الثانى : أركان عقد الوديعة.

الفصل الثالث : آثار الوديعة.

الفصل الرابع : إنقضاء الوديعة.

الفصل الأول

تعريف الوديعة وخصائصها

تعرف المادة ٧١٨ مدنى الوديعة بأنها " عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا " (١) .

وتخلص لنا من هذا التعريف خصائص الوديعة ونبينها فيما يلى :

أولا : الوديعة عقد رضائى :

فى بعض القوانين نجد الوديعه عقدا عينيا بمعنى أنه لايكفى مجرد تبادل الإيجاب والقبول لإنعقاد العقد، بل لابد من تسليم الشىء ، محل الوديعة الى الوديع (المودع عنده) . فالتسليم يكون ركنا فى عقد الوديعه كالرضا ، والمحل ، والسبب . ولا يجوز الإتفاق عندئذ على جعل الوديعة عقدا رضائيا، لأن ماجعله القانون ركنا ، لايمكن الإستغناء عنه . وهذه القوانين أقدمها القانون الرومانى ، ثم عدد من القوانين السائدة حاليا، منها القانون الفرنسى (المادة ١٩١٥) والقانون الألمانى (المادة ٦٨٨) ، والقانون العراقى (المادة ٩٥١) ، والقانون اللبنانى (المادة ١/٦٩٠) ، والقانون السورى(المادة ٦٨٤) ، والقانون الليبى (المادة ٧١٨)(٢).

ولكن اى الإتجاهين خير: أن تكون الوديعة عقدا عينيا ، أم أن تكون عقدا رضائيا ؟

اذا رجعنا الى القانون الرومانى نستطيع أن نعرف لماذا كانت الوديعة فيه عقدا عينيا ثم انحدرت على مر القرون الى القوانين الحديثة بصفتها هذه .

---

(١) انظر المادة ١٤١٠ مدنى فرنسى والمادة ٦٨٨المانى والمادة ١٧٥٨ مدنى اسبانى والمادة ١٨٣ مدنى ايطالى والمادة٤٧٢ التزامات سويسرى والمادة ٧٨١ التزامات مغربى والمادتين ٧٦٢ و ٧٦٤من المجلة والمادة ٨١٠ من مرشد الحيران . وانظر التاودى و التسولى ٢-٢٨٠ والدرالمختار ٤-٦٨٠ و٧-٣٠٥ .

(٢) السنهورى : ج ٧ - فقرة ٣٣٤ - ص ٦٧٦ وهامش رقم ١- ص ٦٧٧.

لم يكن للارادة دور فى إتمام العقد فى القانون الرومانى القديم ، بل كان استيفاء الشكل هو الذى ينعقد به العقد ومتى استوفى الشكل لم يجز لاحد الطرفين ان يثبت أن ارادته كانت مشوبة بعيب من العيوب لأن القانون الرومانى لم يعتد بأثر للارادة ولم يلتفت الى وجودها فى هذه المرحلة . ويمكننا أن نرد ذلك الى الحالة التى تعيشها الشعوب البدائية ، فهى لاتستطيع ادراك الأمور المعنوية بسهولة، ولكنها تدرك الأشياء المادية ، فتحاول دائما تجسيد المعنويات ، لذا لجأت فى ميدان الديانات الى تجسيد مادى لفكرة الاله، وصنعت أصناما تعبر عن تلك الفكرة ، وفى مجال القانون لجأت الى احلال شىء مادى محل الإرادة وهى امر معنوى ، ذلك الشىء المادى هو : الشكل . فإذا كان تصور الآله سبحانه وتعالى فى صورة مادية هو فى الدين شرك ووثنية ، فان تصور الإرادة فى صورة مادية هو فى القانون شكلية . اذن لم تكن الإرادة وحدها ، أو إلتقاء الإرادتين ، تكون عقدا أو تنشىء التزاما . ولكن القانون الرومانى تطور بعد ذلك تحت تأثير إتساع المعاملات وكثرتها ، فبدأ يظهر اثر الإرادة بحيث اعتبر العقد موجودا فى بعض الحالات بمجرد توافق الإرادتين ، واعتبر الشكل احد الأسباب القانونية للإلتزام ، وادى ذلك الى تنوع فى العقود ، والى جانب العقود الشكلية اصبحت هناك عقود رضائية تنعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين ، وهى أربعة عقود هى : البيع والإيجار والشركة والوكالة . وعقود عينية لا تنعقد الا بتسليم الشىء محل التعاقد ، وهى أربعة أيضا : القرض والوديعة والعارية ورهن الحيازة.

ويخلص لنا من هذا العرض التاريخى أن العينية كانت الى جانب الشكل سببا للإلتزام ، ومصدرا له، وكان اعتبار العقد عينيا مرده الى أن القانون الرومانى لم يسلم للإرادة بدور مستقل فى انشاء الإلتزام الا فى العقود الرضائية الاربعة.

ولكن مبدأ سلطان الإرادة قد انتصر بعد ذلك تحت تأثير عوامل كثيرة دينية واقتصادية وسياسية وقانونية، واصبح الأصل فى العقود هو الرضائية ، واصبحت الإرادات وحدها هى التى تنشىء الإلتزام التعاقدى ، وأصبح مجرد تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما كافيا لانعقاد العقد الا أن يضيف المشرع الى

ذلك اشتراط الشكلية ولا يكون ذلك الا فى عقود قليلة وذات أهمية خاصة ، وترمى الشكلية عادة الى تنبيه المتعاقدين الى خطر ما يقدمون عليه اما العينية فلم يعد لها محل بل لم يعد لها مبرر لوجودها الى جانب الرضائية.

هكذا كانت العينية فى الوديعة بديلا للشكل فى القانون الرومانى وهكذا انتقلت الى القوانين الحديثة دون أن يفطن المشرعون الى عدم وجود مبرر لها. لذلك فإننا نعتقد أن المستقبل سيتجه بالعقود نحو الرضائية.

وقد كانت الوديعة منذ عهد القانون المدنى المصرى القديم عقدا عينيا ، فجعلها القانون المدنى المصرى الجديد عقدا رضائيا وتابعه فى ذلك التقنينان السورى والليبى.

قد يقال تعزيزا لجعل الوديعة عقدا عينيا ، ان الإلتزام الأساسى فيها حفظ الشىء ، ولا يتصور أن يلتزم الإنسان بحفظ الشىء وهو لم يتسلمه . ولكن يرد على ذلك أن المستاجر أيضا يلتزم بحفظ العين المؤجرة قبل أن يتسلمها ومع ذلك لايعتبر عقد الإيجار عقدا عينيا بل هو عقد رضائى فالإلتزام بالحفظ ينشأ من العقد، ولكنه لا ينفذ الا عندما يوجد الشىء فى حيازة الملزم بحفظه وينتهى التزامه بإعادة الشىء الى مودعه.

ثانيا: الوديعة عقد من عقود التفضل :(١)

le contrat de dépôt est un des actes de bienfaisance.

لانها تكون عادة بلا اجر مثلها فى ذلك مثل الوكالة العادية ولكن لايوجد ما يمنع من إشتراط أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة . وعندئذ تصير من عقود المعاوضة ، ولكنها لاتصير من عقود المضاربة ، ولأن الاجر ليس ركنا

---

(١) وعقود التفضل نوع من التبرعات لايخرج فيه المتبرع عن ملكية شىء من ماله ، ويقابلها نوع آخر من التبرعات هو الهبات ، وفيها يخرج المتبرع عن ملكية مال . ووجه التفضل أو التبرع فى الوديعة أن المودع عنده يقوم بعمل هو حفظ الوديعة ولا يتقاضى أجرا عن هذا العمل.

فى الوديعة عادة ، فقد أغفله المشرع فى تعريفه للوديعة ولا يتقرر الأجر للوديع الا إذا جرى العرف على إعطائه أجرا أو تبين من ظروف الحال أن المتعاقدين قد قصدا منحه اجرا . وإذا كان من عادة المودع عنده تسلم الودائع بأجر فإن القانون قد أقام لصالحه قرينة قانونية بمقتضاها يستحق أجرا على كل وديعة ولو لم ينص فى عقده على ذلك . والوديعة المأجورة هى الصورة الغالبة الآن فى العمل (١).

ثالثا : الوديعة ليست من عقود المضاربة :

فقد رأينا أن الأصل فيها أنها تبرعية وعندما تكون الوديعة مأجورة تصير من عقود المعاوضة لوجود مقابل للعمل . ولكن المودع عنده لايضارب على هذا العمل حتى ولو كان أجره مجزيا . ويرى بعض الفقهاء أن الوديعة المأجورة عقد مقاولة لا وديعة . وقد كان القانون المدنى المصرى القديم يعتبر الوديعة المأجورة ضربا من المقاولة ، ثم جاء القانون الجديد فوضع الوديعة بين العقود الواردة على العمل وجعلها عقدا مستقلا متميزا عن المقاولة.

والواقع أن عقد الوديعة يميزه عن عقد المقاولة أمران : **الأول** أن الوديعة لا تستهدف المضاربة بينما المقاولة تستهدف المضاربة ، لأن المقاول يسعى الى تحقيق الربح فيما يقوم به من عمل . وحتى عندما يسعى المودع عنده الى إبرام عقد وديعة من أجل الحصول على ربح اى عندما يكون مضاربا على الربح كما فى عقود الحفظ المهنية (contrats de garde) فإن هناك الفارق الثانى بين الوديعة والمقاولة وهو حفظ الشىء ، فالغرض الأساسى من المقاولة هو صنع شىء أو القيام بعمل ايجابى يرد على ذات الشىء كتحويله الى سلعة أو اصلاحه أو تعديله ، أما الغرض الأساسى من الوديعة فهو حفظ الشىء(٢) وهو عمل سلبى .

---

(١) محمد على عرفة : التعليق على نصوص التقنين المدنى الجديد- ص ٤٨٨.

(٢) السنهورى: ج٧ المجلد الأول الفقرة ٣٧٥: ويستتبع الفرق بين المقاولة والوديعة اختلافا فى احكامهما، فمسئولية المقاول اشد من مسئولية الوديع ، والتحلل من عقد المقاولة مقيد بالتعويض أما التحلل من الوديعة قبل اجلها فهو متاح للمودع عنده ما لم يكن الأجل مقررا لمصلحة الطرف الآخر. السنهورى ج ٧ المجلد الأول الفقرة ٧.

رابعا : الوديعة عقد يرد على المنقول أو العقار:

كان التقنين المدنى المصرى القديم يسمح بأن ترد الوديعه على منقول أو عقار وكذا الفصل ٧٨١ من القانون المغربى وهو نفس الحكم فى القانون الفرنسى (١) ، والذى ينتقده بعض الفقهاء الفرنسيون لأنه لايوجد منطقيا مايمنع من ايداع العقار بتسليمه الى المودع عنده . ولذلك فإن القانون المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذا الحكم . فقال فى المادة ٧١٨ منه أن " الوديعة عقد يلتزم به شخص بأن يتسلم شيئا من آخر " . ولم يقيد الشىء بأن يكون منقولا . ومع ذلك فإن الغالب فى محل الوديعة أن يكون منقولا وأن العقار إذا أريد حفظه كان محلا لعقد الحراسة وهو فى حقيقته نوع من الوديعة ترد على شىء متنازع عليه.

يجوز أن يكون الشىء معينا بالذات أو معينا بالنوع أى أن يكون شيئا قيميا أو مثليا . وأشهر المثليات التى قد تودع هى النقود ، فتنتقل ملكيتها الى المودع عنده .

ويلتزم بأن يرد مثلها اى قدرها عددا ولذلك تسمى الوديعة فى هذه الحالة بالوديعة الناقصة أو الوديعة الشاذة dépôt irrégulier ولذلك أيضا تعتبر هذه الوديعة قرضا أو عارية استهلاك : فإذا سلم شخص لآخر على سبيل الوديعة أشياء مثلية أو سندات لحاملها أو اسهما لحاملها ولكن مع الإذن للمودع عنده فى استعمالها على أن يرد مثلها قدرا ونوعا وصنفا فإن العقد الذى ينشا فى هذه الحالة يخضع للقواعد الخاصة بعارية الإستهلاك (القرض) ولذا تنص المادة ٧٢٦ مدنى على أنه " إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو اى شىء آخر مما يهلك بالإستعمال وكان المودع عنده مأذونا له فى إستعماله اعتبر العقد قرضا (٢).

---

(1) Planiol- Ripert et Savatier: Traite pratique de droit civil français, 2ème ed., Tome X1 2ème partie. no.1167 p.496.

(٢) تطابق هذا النص المادة ٦٩٢ مدنى سورى والمادة ٧٢٦ مدنى ليبى المادة ٩٧١ مدنى عراقى. أما المادة ٦٩١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فهى تنص على أنه: إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أشياء من المثليات وأذن للوديع فى إستعمالها عد العقد بمثابة عارية استهلاك .

ويستوى أن يكون الإذن صريحا أو أن يستفاد ضمنا من ظروف الإيداع . وإثبات الترخيص فى الإستعمال على المودع عنده (١).

سادسا : الوديعة عقد ملزم لجانب واحد:

فالمودع دائن غير مدين ، والمودع عنده مدين غير دائن لأن الوديعة كما ذكرنا من عقود التفضل . والأصل فيها ألا تكون مأجورة ، وينتج عن ذلك أن الوديعة عقد غير لازم بالنسبة للمودع لأنه غير ملتزم بشىء فله أن يطلب فى أى وقت رد الوديعة اليه ولو كان هناك أجل متفق عليه فى العقد الا إذا كان الأجل مقررا لمصلحة الوديع . ولكن الوديعة إذا كانت بأجر صارت عقدا ملزما للجانبين وكذلك إذا اقترنت الوديعة بأجل لصالح المودع عنده فان المودع ملتزم بأن لايطالب برد الوديعة قبل حلول الأجل وهذا التزام سلبى . وبذلك لايستطيع المودع أن يسترد الشىء الا عند حلول الأجل أو نزول المودع عنده عن التمسك به.

سابعا : الوديعة عقد زمنى :

ذلك أن محله ينصب على حفظ الشىء . وهذا المحل يمتد فى الزمان بخلاف العقد الفورى فمحله يمتد فى المكان . والزمن عنصر جوهرى فى العقد الزمنى – ولكنه ليس عنصرا فى العقد الفورى، وحتى إذا دخل الزمن فى العقد الفورى فإنه اما أن يدخل فيه عنصرا عرضيا، أو أن يصبح عنصرا جوهريا فيه طبقا لاتفاق الأطراف لا طبقا لطبيعة الأشياء . ويترتب على اعتبار الوديعة عقدا زمنيا أو من عقود المدة ، أنه عند فسخ هذا العقد لا ينسحب أثر الفسخ على الماضى، لأن الزمن الذى مضى لايعود، فتنصرف آثار الفسخ الى المستقبل فقط . وعند تقدير اجر الوديع ، لاينظر فى ذلك الى طبيعة الشىء المودع فحسب بل ينظر كذلك الى الوحدات الزمنية التى يظل فيها الشىء مودعا عنده .

ثامنا : الوديعة تقوم على الإعتبار الشخصى :(٢).

فعقد الوديعة من عقود الأمانة والثقة، بل هو قمة هذه العقود وعلى

---

(١) عرفه : ص ٤٩٠.

(٢) السنهورى: ج ٧ – فقرة ٣٣٤– ص ٦٧٨.

رأسها جميعا . لذلك ليس غريبا أن يبحث المودع عن شخصية من يودع عنده ماله فيتحرى فيه صفات الأمانة والصدق والثقة ويترتب على توافر الإعتبار الشخصى فى عقد الوديعة ، أن الوديعة تنتهى بموت المودع عنده ، وان المودع عنده ليس له أن يحل شخصا آخر محله فى حفظ الوديعة ، ما لم يؤذن له فى ذلك ومع استثناء حالة الضرورة العاجلة . وهو يسأل عمن يحله محله بغير اذن ولو هلك الشيء بقوة قاهرة (١) مالم يثبت أن الوديعة كانت ستهلك أيضا لو أنها بقيت بين يديه.

---

(١) عرفه، ص ٤٩٠.

الفصل الثانى

أركان عقد الوديعة

أركان عقد الوديعة ثلاثة : التراضى والمحل والسبب أما التسليم فيعتبر ركنا فى التشريعات التى تجعل الوديعة عقدا عينياولايعتبر ركنا فى القوانين التى جعلته عقدا رضائيا كما تقدم .

أولا: التراضى والأهلية :

أما عن التراضى فليس فيه بصدد عقد الوديعة ما يختلف عن القواعد العامة . فالعقد يحتاج الى تبادل إيجاب وقبول متوافقين.

فإذا كان الموجب قد أصدر الإيجاب قاصدا ايداع المنقول ، فقبله الآخر على أن هبة ، لم ينعقد عقد الوديعة ولا عقد الهبة ، لأن التوافق والتطابق بين الإيجاب والقبول لم يتم .

تذهب أغلبية الفقهاء الى أن الايداع بالنسبة الى المودع يعتبر من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف ، ومن ثم تكفى فى المودع أهلية الإدارة ، فيستطيع ابرام الوديعة القاصر المأذون له فى الإدارة ، والمحجور عليه المأذون فى الإدارة . أما بالنسبة الى المودع عنده ، فإن الايداع ولو كان بأجر يعتبر من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر فيه تلك الأهلية . ونجد مثل هذا الرأى فى الفقه الفرنسى (١) .

ويترتب على ذلك أن ناقص الأهلية الذى ليس أهلا للإيداع يستطيع إذا أبرم العقد أن يعود ويطلب إبطاله بعد بلوغه سن الرشد . كذلك يكون لوليه أن يطلب ذلك فى أى وقت . ويمكن القول بأنه لما كانت الوديعة فى الأصل عقدا

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه : المصدر السابق : ج ١١- القسم الثانى فقرة ١١٧٣ ص ٥٠٧ .

غير لازم بالنسبة الى المودع ، فإنه يستطيع بدلا من طلب الإبطال أن يطلب رد الوديعة اليه . وتبدو لذلك دعوى الإبطال طريقا أعقد واطول من استرداد الوديعة بمقتضى العقد .

ومع ذلك فثمة حالات يجد فيها القاصر أن من مصلحته أن يطلب البطلان بدلا من استرداد الشيء المودع . ومن أمثلة هذه الحالات ان تكون هناك إلتزامات على القاصر ، كأجر الوديعة أو المصروفات أو التعويض المستحق للمودع عنده . فإذا أسترد القاصر الوديعة ، كان عليه أن يفى بهذه الإلتزامات أولا ، وكان للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفى حقوقه . ويستطيع القاصر أن يتخلص من هذه الإلتزامات بطلب الإبطال فإذا ما قضى له به لم يعد ملتزما إلا فى حدود ما عاد عليه من نفع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب . كذلك إذا كان هناك أجل للوديعة وكان الأجل مقررا لمصلحة المودع عنده ، فإن المودع لايستطيع بإرادته المنفردة أن يتحلل من الوديعة لتعلق مصلحة الطرف الآخر بها ، ولا يخلصه من ذلك الا أن يطلب ابطال الوديعة . والى أن يقضى بالبطلان ، يظل الوديع ملتزما بالعقد وبما ينشأ عنه من الإلتزامات.

وإذا كان المودع عنده ناقص الأهلية فإنه يستطيع أن يطلب إبطال عقد الوديعة بعد بلوغه سن الرشد، كما يستطيع ذلك وليه فى اى وقت . وإذا أبطلت الوديعة فلا يرجع المودع على المودع عنده إلا بمقدار ما عاد عليه من نفع . فإذا كان الشيء المودع قد فقد منه أو انتقل من يده الى آخر لم يكن مسئولا عن رده ، وليس للمودع أن يرجع عليه الا بمقدار ما انتفع به – وذلك تطبيقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، ولكن إذا كان المودع عنده ناقص الأهلية قد ارتكب خطأ تقصيريا وكان مميزا ، فإنه يسأل عن خطأه التقصيرى مسئولية كاملة لا فى حدود ما عاد عليه من نفع فقط .

ونفس هذه المبادىء مقررة فى القانون الفرنسى (١).

---

(١) السنهورى : المصدر السابق- فقرة ٣٤٢ – ص ٦٩١ وما بعدها .
وانظر أيضا:
AUBRY-RAU et ESMEIN Droit civil français, t. 6, no. 402.

عيوب الإرادة :

وعيوب الإرادة فى عقد الوديعة تسرى عليها القواعد العامة . فإذا كان المودع قد وقع فى غلط فى شخص المودع عنده ، كان له أن يطلب إبطال العقد. وكذلك إذا وقع الغلط فى صفة جوهرية فى الشيء كأن كان الشيء خطرا أو مضرا بالصحة ، والغالب أن الغلط فى صفة الشيء أو مقداره لايؤثر فى صحة الوديعة.

ولا تعتبر ظروف الوديعة الإضطرارية من قبيل الإكراه الذى يعيب الرضا ، ولكن إذا استغل المودع عنده ظروف اضطرار المودع ففرض عليه شروطا قاسية وإشترط أجرا باهظا لحفظ الوديعة فلاشك أن إرادة المودع تكون معيبة فى هذه الحالة.

الوديعة الاضطرارية :

والوديعة الإضطرارية أو الوديعة التعسة كما كان يسميها الرومان قديما، هى وديعة ألجأت المودع اليها ظروف خارجية عن إرادته مثل حريق أو إنهيار منزل ، أو هجوم عدو مغير على المدينة ، أو كارثة طبيعية كزلزال أو فيضان ، أو وقوع حادث أو جريمة أو خشية شيء من ذلك ، فهذه الظروف تجعل من لديه مال يخشى عليه مضطرا الى إيداعه لدى أول شخص يعرفه أو يستطيع إيداعه لديه . وترجع أهمية التمييز بين الوديعة الإختيارية والوديعة الإضطرارية الى أن المودع يصعب عليه فى الظروف المحيطة به أن يحصل على دليل كتابى يثبت به واقعة الإيداع ، ولذلك فإنه لايتقيد بإبراز دليل كتابى عند النزاع ويمكنه أن يسلك كل طرق الإثبات ، أيا كانت قيمة الوديعة . فالوديعة الإضطرارية هى التى تجبر عليها حادثة كحريق أو غرق أو حدث آخر غير متوقع أو ناتج عن قوة قاهرة . ويمكن إثبات الوديعة الإضطرارية بأية وسيلة من وسائل الإثبات أيا كانت قيمة الشيء المودع .

من يجوز له الإيداع :

لايلزم لصحة الوديعة بين المتعاقدين أن يكون المودع مالكا للشيء المودع ، ولا أن يكون حائزا له على وجه مشروع . فيجوز إيداع الشيء عن

مالكه ، وهذا هو الغالب ، أو نائب قانونى عنه كالولى والوصى أو من وكيل عنه . كما يجوز الإيداع ممن له حق التصرف فى الإنتفاع بالشىء، كالمستعير والمنتفع والمستأجر والمرتهن رهنا حيازيا . ولكل من هؤلاء أن يودع الشىء عند شخص آخر ولو كان المودع عنده هو مالك الشىء . وعلى العكس من ذلك ليس لمن لايملك حق التصرف فى الإنتفاع أن يودع الشىء . وتطبيقا لذلك لايجوز للمودع عنده أن يودع الشىء عند شخص آخر(إيداع من الباطن) إلا بإذن المودع أو عند وجود حالة ضرورة عاجلة . كذلك لايلزم أن يكون المودع حائزا حيازة شرعية للشىء الذى يودعه . فمن يسرق شيئا ويودعه عند آخر تكون وديعته صحيحة فيما بين المتعاقدين فقط . طالما أن الوديع لم يتصل بالسبب غير المشروع أى لم يعلم به أو لم يكن من السهل عليه ان يتبينه ، أما بالنسبة الى مالك الشىء الحقيقى أو المسروق منه فليست هذه الوديعة بنافذة فى حقه ، وله أن يسترد الشىء من الوديع.

السبب :

يجب أن يكون الباعث الدافع على التعاقد مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب . ومن يحوز الشىء على وجه غير مشروع لايستطيع أن يودعه وديعة صحيحة . فهذا السارق الذى يودع المسروقات ، إنما يخفيها عن أعين السلطات والناس ، ولهذا يكون العقد باطلا لعدم مشروعية سببه متى اتصل الطرف الآخر بالسبب غير المشروع .

المحل :

محل الإلتزام فى عقد الوديعة هو الشىء المودع،وهذاهو المحل الأصلى ، لإنه لاتتصور الوديعة بدونه ، وهناك محل عرضى يوجد احيانا وهو الأجر. ويجب ان تتوافر فى الشىء المودع شروط المحل عامة ، وهى أن يكون موجودا ، معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة ، أو على الأقل أن يكون قابلا للتعيين، ويجب ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب . وبناء على ذلك إذا كان الشىء المودع شيئا مهربا، أو كان من المخدرات أو الأسلحة غير المرخصة ، أو من الكتب أو الصور الممنوعة ، لم يجز ايداعه.

والمنقول الذى يمكن إيداعه هو المنقول المادى ، أما المنقول المعنوى ، فلا يمكن إيداعه . فالحقوق المعنوية كحق الدائنية لا يتصور إيداعه، ولكن إذا تجسد هذا الحق فى صورة مادية ، أمكن إيداعه، فيجوز إيداع الأوراق التجارية والأسهم والسندات وما إليها.

اثبات الوديعة :

يختلف إثبات الوديعة بحسب ما إذا كان العقد عملا مدنيا أو عملا تجاريا ففى الأعمال التجارية نجد حرية الإثبات بالبينة والقرائن والاقرار واليمين والدفاتر التجارية ومثالها التاجر الذى يودع بضائعه فى المخازن العمومية أو يودع الأموال التى يدير بها تجارته لدى احد البنوك.

أما الوديعة المدنية فهى تثبت بكل الوسائل فإن جاوزت النصاب وجب الإثبات بالكتابة.

ويستثنى من قاعدة الإثبات بالكتابة ، الوديعة الإضطرارية.

الفصل الثالث

آثار الوديعة

يشمل الكلام فى الآثار ما يترتب على عقد الوديعة من إلتزامات . والوديعة غير المأجورة عقد ملزم لجانب واحد ، اى أن ما ينشأ عنها من إلتزامات ينصب على عاتق المودع عنده وحده . أما الوديعة المأجورة وهى عقد ملزم للجانبين فهى تنشىء التزامات على عاتق كل من المودع والمودع عنده، لذلك سنعرض التزامات المودع عنده فى مبحث أول ، وإلتزامات المودع فى مبحث ثان.

المبحث الأول

التزامات المودع عنده

تنحصر التزامات المودع عنده فى ثلاثة التزامات رئيسية :

أولا : الإلتزام بإستلام الشىء .
وثانيا : حفظ المنقول المودع .
وثالثا : رده الى المودع عند إنتهاء الوديعة .

وفى هذا يختلف القانون الفرنسى والمغربى عن كل من القانون السويسرى والمصرى والسورى والليبى فى أن هذه الاخيرة تضيف الإلتزام بإستلام الشىء المودع . وهذا الإختلاف صدى لرضائية أو عينية عقد الوديعة . فهذه التشريعات تجعل من الوديعة عقدا رضائيا . ولذلك كان تسلم الشىء التزاما مترتبا على العقد يلتزم به المودع عنده . والقانون الفرنسى مع عدد من القوانين الأخرى يجعل من الوديعة عقدا عينيا ، لذلك كان تسلم الشىء ركنا فى العقد ، وليس التزاما مترتبا عليه ، وفيما يلى شرح التزامات المودع عنه.

المطلب الأول

الالتزام باستلام الشىء المودع

تنص المادة ١/٧١٩ مدنى على أنه : " على المودع عنده أن يتسلم الوديعة ".

يقع الإلتزام باستلام الشىء على المودع عنده ، فيجب عليه طبقا لعقد الوديعة أن يتسلمه من المودع ، وإذا رفض ذلك أمكن إجباره عليه ، ولأن التسلم إلتزام بالقيام بعمل فإنه لايمكن أن يكون هذا الإجبار ماديا لمساسه بحرية المودع عنده ، وإنما يكون عن طريق إلزامه بالتعويض عند إمتناعه(١) أو فرض غرامة تهديدية عليه حتى يمتثل ولكن الغرامة لاتناسب مصلحة المودع لأنه لايأمن على الشىء بعد إيداعه فى مثل هذه الظروف.

وإذا كان تسلم الشىء المودع التزاما على المودع عنده (لكون العقد رضائيا وليس عينيا) فإن التسليم ليس إلتزاما على المودع، لأن العقد ليس من عقود المضاربة التى يضارب فيها المودع على الأجر. فالوديعة حتى المأجورة ليست من عقود المضاربة .

والتسلم يكون بأن يستولى المودع عنده على الشىء استيلاء ماديا بعد أن يكون المودع قد وضع الشىء تحت تصرفه فى الزمان والمكان المتفق عليهما ، فإن لم يوجد إتفاق كان التسليم فى موطن المودع إن كان الشىء منقولا . ويمكن أن يكون التسلم حكميا وذلك إذا كان الشىء موجودا من قبل فى يد الوديع بموجب عقد آخر كالعارية أو الإيجار.

وإذا كانت الوديعة لمصلحة الوديع أو وجدت أسباب مشروعة تحول بينه وبين حفظها فإنه يستطيع أن يرفض تسلم الوديعة ويرجع فى عقد الوديعة وإذا كان قد تسلمها كان له أن يردها للمودع .

(١) عرفه : ص ٤٩٠.

وإذا هلك الشئ المودع قبل التسليم أو بعده بسبب اجنبى كان هلاكه على المودع . أما إذا هلك بخطأ الوديع فإنه يكون مسئولا تجاه المودع عن الهلاك (١).

المطلب الثانى

الإلتزام بالحفظ

والإلتزام بحفظ الوديعة أو السهر على حفظ الوديعة هو الإلتزام الأساسى فى عقد الوديعة وهو الغرض المباشر الرئيسى للمتعاقدين ، وهو الذى يفصل بين الوديعة وبعض العقود التى تشتبه بها . ففى عقد الإيجار وعقد العارية يوجد التزام على المستأجر والمستعير بالحفظ ، ولكن ليس هذا الإلتزام هو الغرض الأساسى من كل من العقدين ، بل الغرض الأساسى هو الإنتفاع بالشىء المؤجر أو المعار. وفى الحراسة الإتفاقية يوجد إلتزام بالحفظ ، وهو أحد الأغراض الهامة فى العقد ، ولكن يوجد الى جانبه غرضان على نفس القدر من الأهمية وهما : أبعاد يد الأطراف المتنازعه عن الشىء الى أن يقضى فى النزاع ، وإدارة الشىء لكى يؤتى الثمار التى فى إمكانه أن يؤتيها.

وهذان الغرضان لا يوجدان فى الوديعة . وفى عقد المقاولة يوجد إلتزام بالحفظ على المقاول ، ولكنه ليس الغرض الأساسى من العقد ، بل الغرض الأساسى هو القيام بالعمل اليدوى أو الفنى الذى يبغيه رب العمل . وفى عقد الوكالة يوجد إلتزام على الوكيل بالحفظ ولكنه ليس الغرض الأساسى من العقد بل الغرض الأساسى هو العمل القانونى الذى يقوم به الوكيل لحساب الموكل بواسطة أموال الموكل المحفوظة لديه . والدائن المرتهن رهن حيازة يلتزم بحفظ الشىء المرهون ، ولكن ليس هذا هو الغرض الأساسى من عقد الرهن ، بل الغرض الأساسى هو ضمان الدين . وبناء على ما تقدم لايوجد عقد الوديعة الا حيث يوجد التزام أساسى بالحفظ .

---

(١) السنهورى: ج ٧ -- المجلد الأول – الفقرات ٣٥٠- ٣٥٣

ولذلك لايوجد عقد وديعة : بين الخادم والمخدوم عندما يترك الأول امتعته فى منزل الثانى أو بين العامل ورب العمل حين يترك الأول دراجته أو ملابسه فى مكان العمل أو فى فناء المصنع أثناء تأديته للعمل ، خاصة إذا كان رب العمل قد وضع إعلانا يفيد عدم مسئوليته عن حفظ الأشياء (١) ، أو بين العميل وصاحب حانوت إذا وضع العميل معطفه ، أو عصاه أو مظلته فى مطعم أو مقهى أو عند الحلاق ، أو عندما يخلع أحد اللاعبين ملابسه فى النادى الى أن تتم مشاهدة المباراة ، أو قيام عميل الحائك بخلع بعض ثيابه لكى يجرب الملابس الجديدة (٢).

ولكن إذا كان هناك تعبير صريح أو ضمنى عن وجوب حفظ الشىء ، كانت هناك وديعة ، كالمحلات والأماكن التى يوجد فيها مكان مخصص لترك بعض الملابس ، أو الأماكن التى يوجد فيها من يتسلم من الناس اشياءهم ، ويعطيهم بدلها تذكرة تحمل رقما معينا ، لكى يمكن للمودع أن يتسلم الشىء عند تقديم هذه التذكرة فيما بعد ، أو الأماكن التى يوجد فيها موقف للسيارات تابع لها مثل بعض الفنادق والكازينوهات الكبيرة ، إذا وجد عمال مخصصون للمحافظة على السيارات . وفى بعض المدن الأوربية يسأل الجراج أو موقف السيارات صاحب السيارة عند دخوله إذا كان ذلك لمجرد الوقوف أم بقصد الحفظ pour garer ou pour garder ففى الحالة الأولى يعتبر العقد إيجارا لايتوفر فيه إلتزام الجراج بحفظ محتويات السيارة وفى الثانية يكون العقد وديعه ويقوم الإلتزام بالحفظ ويكون الأجر أعلى من الحالة الأولى .

وقد عنى المشرع بالنص على أحكام مفصلة للودائع التى تكون فى الفنادق والخانات فنص فى المادة ٧٢٧ مدنى على أن :

"١- يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها فيما يجب عليهم من عناية

---

(١) وقد يتبين من الظروف ان هناك وديعة اضطرارية رغم الإعلان.

(٢) السنهورى : ج٧ – فقرة ٣٣٤ – ص ٦٧٩ – بلانيول ، وريبير ، ومسافاتييه – ج ١١ – فقرة ١١٦٨ – ص ٤٩٦– ٤٩٧ .

بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان .

" ٢- غير أنهم لا يكونون مسئولين بما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم " .

كما نصت المادة ٧٢٨ مدنى على ما يلى :
" ١- على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد أن علمه بوقوع شئ من ذلك فإن أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه ".

" ٢- وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بإنقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان " .

وفى هذين النصين تشديد لمسئولية أصحاب الفنادق والبنسيونات حيث أن الامتعة تعامل معاملة الوديعة الاضطرارية وأنه يتوسع فيما تشمله الوديعة. ولا ينطبق حكم الخانات والفنادق على أمناء النقل ومخازن الأمانات فى محطات السكك الحديدية والجمارك والمسارح.وإنما ينطبق على ما يماثل الفنادق مثل الغرف المفروشة وعربات النوم فى القطارات وكبائن الركاب فى السفن كما ينطبق على المستشفيات والمصحات .

وتعتبر ضمن الأشياء المودعة فضلا عن الأمتعة : النقود والأوراق المالية إذا تعهدوا بها عالمين بقيمتها وكذا المجوهرات والسيارات والمستندات ولا يلزم تسليم الأشياء الثمينة لصاحب الفندق بل يكفى وضعها فى المكان المخصص لها : الأمتعة فى الغرفة والمجوهرات فى خزانة الفندق .. إلخ

ويمكن أن تصل أمتعة المسافر قبل وصوله فتطبق عليها أحكام المادتين المذكورتين.ولكن لا تنطبق هذه الأحكام على ما يتركه النزيل أمانة بعد رحيله بل يسأل صاحب الفندق عنها طبقا للقواعد العامة .

وإثبات الوديعة هنا وإن كان يقع على النزيل،إلا أنه يسير إذ يمكن بكل الوسائل ومنها البينة والقرائن .

ولا يسأل الفندقى فقط عن فعل تابعيه بل وعن المترددين على الفندق وهو سبب أجنبى كان معفيا منه طبقا للقواعد العامة . ولا يسأل الفندقى إذا ثبت خطأ النزيل أو قوة قاهرة كما لا يسأل إذا أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد وأن الحادث لا يمكن أن يكون واقعا من تابعيه أو المترددين على الفندق .

ولا تنهض مسئولية الفندقى إلا إذا أخطره النزيل بمجرد علمه بالحادث كما أنه إذا أنقضت ستة أشهر على مغادرة النزيل دون مطالبة قضائية منه ضد الفندقى سقطت حقوقه بالتقادم .

ويجوز التشديد فى هذه المسئولية بإتفاق خاص أما التخفيف منها فلا يجوز حسب الرأى الراجح (١) .

طبيعة الالتزام بالحفظ :

الإلتزام بالحفظ التزام ببذل عناية ، وليس إلتزاما بتحقيق غاية ودرجة العناية المطلوبه تختلف بإختلاف التشريعات فبعضها تجعلها عناية المودع عنده بحفظ أموال نفسه ، اى نفس القدر من العناية الذى يوليه لاموال الخاصة . ومعنى هذا أن العنايه المطلوبة تقدر هنا بمعيار شخصى ، وبالتالى فهى تتفاوت

---

(١) السنهورى ج ٧ : الفقرات ٣٨٩ – ٣٩٣ .

من شخص الى آخر. لأن الناس تتفاوت فى مقدار حرصها . فبعضهم شديد الحرص على ماله ، فعنايته هى عناية الشخص العادى ، وبعضهم قليل الحرص والعناية كالغبى والأخرق . وكل من هؤلاء تقدر مسئوليته بحسب حالته .

فالشخص قليل العناية لا يطلب منه أن يتخذ من الإحتياط ما يتخذه الشخص الحريص أو الشخص العادى . وقد يزكى هذه الطريقة فى تحديد المسئولية ان الوديعة تقوم على الإعتبار الشخصى كما قدمنا ، ولذلك فالمفروض أن المودع يعرف شخصية المودع عنده ، وبالتالى يعرف مدى عنايته التى اعتادها ، وقد ارتضاه على صفاته هذه وديعا له.

وقد كانت هناك نظرية قديمة تقسم الخطأ الى ثلاث درجات، وتجعل المسئولية العقدية تتدرج من درجة الى أخرى بحسب نوع العقد. فإذا كان العقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، لم يسأل المودع عنده إلا عن خطأه الجسيم . لأن المودع عنده لايأخذ اجرا ، واذا كان العقد لمنفعة الطرفين كما فى الإيجار ، فلا يسأل المستاجر الا عن الخطأ اليسير، وإذا كان العقد لمنفعة المدين وحده ، كما فى العارية ، يسأل المستعير عن الخطأ التافه ، غير أن هذه النظرية قد هجرت الآن ، وأصبحت المسؤولية تتحدد أما بناء على كون الإلتزام إلتزاما ببذل عناية أو إلتزاما بتحقيق غاية . وفى خصوص عقد الوديعة اعتبرت التشريعات الحديثة ، إلتزام المودع عنده ، إلتزاما ببذل عناية .

غير أن الإختلاف بين التشريعات الآن يجرى فى مقدار العناية المطلوبة من المودع عنده. فالقانون المغربى ، يحدد تلك العناية بأنها عناية للمودع عنده فى حفظ امواله الخاصة، اى أنه اخذ بمعيار شخصى بحت . وكذلك فعل القانون العراقى واللبنانى . أما القانون المصرى فقد حدد مسئولية المودع عنده بمعيارين بحسب ما إذا كانت الوديعة تبرعية أو مأجورة . فإذا كانت الوديعة تبرعية كانت العناية المطلوبة من المودع عنده هى عنايته فى حفظ ماله الخاص ، على ألا يكلف بأزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإذا كانت عنايته فى حفظ ماله الخاص أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فلا تقدر مسئوليته بالمعيار الشخصى ، وإنما تقدر بمعيار موضوعى هو مسئولية الرجل المعتاد ، وهو من كان فى مثل

ظروف المودع عنده الخارجية ، وأما إذا كانت عناية المودع عنده بحفظ ماله الخاص أقل من عناية الرجل المعتاد فلا يطلب منه أكثر من هذه العناية القليلة ، أى تقدر مسئوليته بمعيار شخصى ، فلا يلزم بالتعويض إلا إذا كان قد هبط فى حفظ الوديعة عن هذه العناية القليله ويتضح من ذلك أن عناية الوديع بلا أجر تقدر تارة بمعيار شخصى وتارة بمعيار موضوعى أما الوديعة المأجورة فهى تقدر فى القانون المصرى بالمعيار الموضوعى ، وحده ، والقدر المطلوب من المودع عنده فيها هو عناية الرجل المعتاد بحفظ ماله . فإذا قصر المودع عنده عن بلوغه ، كان مسؤولا عن الضرر الذى يحصل وقد نصت على هذه الأحكام المادة ٧٢٠ من التقنين المدنى بقولها :

"١- إذا كانت الوديعة بغير اجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد ". ويقضى القانون الفرنسى بنفس الأحكام تقريبا (١) .

وفى رأينا أن المعايير الموضوعية أكثر إنضباطا وأيسر تطبيقا من المعايير الشخصية . ومن ناحية أخرى فإن المغايرة بين مسئولية الوديع المتبرع والوديع المأجور، أمر مرغوب فيه ، بحيث تكون مسؤولية الأول أخف من مسؤولية الثانى .

ومن الواضح أن الإلتزام بالحفظ لايوجد الا إذا كانت الوديعة كاملة ، اما الوديعة الناقصة فإن الوديع يمتلك فيها الشىء المودع ويلتزم برد مثله ، ومن ثم لايكلف بحفظ ما يملك .

وإذا تعدد المودع لديهم ،كانوا متضامنين فى مسئوليتهم تجاه المودع ، فيستطيع أن يطالب أيا منهم بكل التعويض المستحق له.

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه - المصدر السابق - فقرة ١١٧٥ - ص ٥١٠ .

ولكن يجوز للأطراف أن يتفقوا على أن لا تضامن بين المودع لديهم ، حيث أن النص قد تضمن صورتين ، التضامن السلبى والايجابى . والاتفاق على مخالفة الصورتين أو احداهما جائز.

مسئولية المودع عنده عن الهلاك :

يكون المودع عنده مسئولا عن هلاك الشيء المودع أو تلفه أو وقوع اى ضرر به إذا كان ذلك راجعا الى فعل متعمد منه ، ويستوى أن يكون المودع عنده مأجورا أو متبرعا ، ومسئوليته هنا عن الفعل العمدى تعنى أن درجة العناية منعدمة . أما إهمال المودع عنده ، فمعناه أنه لم يبذل العناية بالقدر المطلوب منه . كذلك يسأل المودع عنده متبرعا كان أو مأجورا ، عن إهماله فى إتخاذ الإحتياطات التى إشترطت فى العقد . وإذا وجد فى العقد إتفاق على الإعفاء من المسؤولية فلا ينصرفالى تلك الإحتياطات ، لأنه لا يجوز الإتفاق على خلافها.

غير أن المودع عنده لايضمن أمرين:

أولهما : الهلاك أو التعيب الحاصل بفعل الطبيعة أو نتيجة عيب فى الأشياء المودعة أو بسبب إهمال المودع . ويمكننا أن نعطى مثالا للتفرقة بين التعيب والهلاك الحاصل بفعل الطبيعة ، وذلك الحاصل نتيجة عيب فى الأشياء:

فإذا تصورنا أن الشيء المودع مما يتلف بمرور الزمن بطبيعته كالخبز والتفاح والموز، والخضر، فإن الهلاك أو التعيب هنا يكون حاصلا بفعل الطبيعة لأن الشيء من طبيعته أن يتلف بمضى الزمن . أما إذا كان الشيء المودع حبوبا مبتلة وتلفت لم يكن الهلاك أو التعيب بفعل الطبيعة لأن الحبوب تعيش زمانا طويلا نسبيا دون أن تتلف . فالضرر حاصل هنا نتيجة عيب فى الأشياء المودعة . وسواء كان العيب بفعل المودع أو بغير فعله فلا يكون المودع عنده مسئولا. أما إذا كان البلل قد أصاب الحبوب بفعل المودع عنده فإنه يكون مسئولا عن خطأه ومع ذلك إذا كان المودع عنده متخصصا فى حفظ الأشياء مثل صوامع الحبوب فإنه يكون ملتزما بمعالجتها بالطرق الفنيه لتقليبها ويسأل عن التقصير فى ذلك.

ثانيهما : القوة القاهرة والحادث الفجائى إذا نتج عنها هلاك الشىء المودع : فالأصل أن المودع عنده لايسأل عن القوة القاهرة والحادث الفجائى ، وهما لايختلفان فى المعنى ويمكن القول بصفة عامة أن المودع عنده لايسأل عن السببى الأجنبى ، كخطأ الغير وخطأ المودع ، إذا أدى الى الضرر.

غير أن القوة القاهرة إذا كانت بدورها قد تسببت بخطأ المودع عنده أو بخطأ أشخاص يسأل هو عن فعلهم. فإنه يبقى مسئولا ، لأن الضرر صار راجعا اليه ، وليس أجنبيا عنه ، وكذلك إذا حل أجل الوديعة وأعذر بتسليمها . فلم يفعل ، إعتبر مماطلا فى الرد ويتحمل تبعة القوة القاهرة.

والقوة القاهرة حادث يتميز بصفتين :

أولا : من حيث مصدرها ، هى حادث لايمكن أن يتوقعه المدين.

ثانيا : من حيث نتيجتها ، هى حادث لايمكن أن يتفاداه المدين.

وباختصار هى حادث يستحيل توقعه وتوقيه ، فإذا زالت إحدى الخصيصتين ، زال عن الحادث، وصف القوة القاهرة ، بمعنى أنه إذا كان المدين يستطيع أن يتوقع هذا الحادث ، فليس بقوة قاهرة ، وإذا كان المدين رغم عدم إمكان توقع الحادث ، يستطيع ببذل جهد معقول أن يتفادى نتائجه ، فلم يفعل ، فهذا الحادث أيضا لايعد من قبيل القوة القاهرة . والذى يتحمل عبء اثبات القوة القاهرة هو المودع عنده نفسه ، لأنه لايستطيع أن يتخلص من مسئوليته عن حفظ الشىء المودع إلا إذا اثبت انه بذل العناية المطلوبة منه ، أو أن سببا أجنبيا قد حال بينه وبين ذلك.

والواقع أن حالة الهلاك أو التعيب بفعل الطبيعة أو نتيجة عيب فى الأشياء المودعة ، أو بسبب إهمال المودع لاتعدو أن تكون صورا مختلفة من السبب الأجنبى ولذلك سوى بينها وبين القوة القاهرة من حيث وجوب قيام المودع عنده بإثباتها ليتخلص من المسئولية.

وإذا كانت هذه هى حدود مسئولية المودع عنده عن حفظ الوديعة ، فإن هذه الأحكام يمكن الإتفاق على مخالفتها، وذلك إما بتشديد مسئولية الوديع أو بالتخفيف منها.فيمكن للأطراف ان يتفقوا على تشديد مسئولية الوديعة بجعلها تقدر بمعيار الرجل الحريص ، أو بتحميله تبعة القوة القاهرة أو السبب الأجنبى عامة (م ٢١٧/١مدنى) . ويمكن كذلك التخفيف من هذه المسئولية بتحديد مبلغ معين لاتتجاوزه مسئولية المودع عنده ، ولو بلغ الضرر أكثر من هذا القدر. وهناك تطبيق تشريعى لهذا التحديد جاء فى المادة ٧٢٧ مدنى ونصها:

" ١- يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان.

"٢- غير أنهم لايكونون مسئولين فيما يتعلق بالنقود والاوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيها مالم يكونوا قد اخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها، ويكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم ".

ولا يتقيد المودع عنده فيما يشترط من شروط الاعفاء من المسئولية إلا بما نصت عليه المادة ٢/٢١٧ مدنى من عدم جواز إشتراط إعفاء المدين من المسئولية عن الغش والخطأ الجسيم وجواز إشتراط ذلك بصدد مسئوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ إلتزامه.

وكل شرط بإعفاء المودع عنده من المسئولية عن الغش والخطأ الجسيم يكون باطلا. والغش يقترن دائما بسوء النية أما الخطأ الجسيم فهو الخطأ الفادح أو الفاحش اى البالغ قدرا كبيرا من الخطورة ، أو هو الخطأ الذى لايعلوه خطأ فى درجات الخطأ ، ولا يفصله من الغش إلا فارق ذهنى هو سوء النية . فالخطأ الجسيم لا يتوافر فيه سوء النية ، ولكنه لفداحته قد يحمل على الإعتقاد أن مرتكبه كان سيء النية.

والخطأ الجسيم بهذا المعنى يحتاج الى معيار لتحديده وتمييزه عن الخطأ العادى أو الخطأ اليسير، وقد اقترحت لذلك عدة معايير منها : مدى أهمية المال الذى وقع به الضرر، أو درجة إحتمال أو عدم احتمال وقوع الضرر ، أو مدى الصفة الأمرة للالتزام أو الواجب الذى انتهك ، أو ما إذا كان المدين يتقاضى أجرا أو لا يتقاضى ، أو الصفة المهنية لعمل مرتكب الفعل الضار... الخ.

واى من هذه المعايير لا يروق لنا فى تحديد جسامة الخطأ والذى نراه صوابا فى هذا الأمر هو أن الخطا الجسيم يتحدد بنفس الطريقة التى يتحدد بها الخطأ إبتداء . فالخطأ إنحراف عن سلوك الرجل المعتاد إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية لمرتكب الفعل الضار، فما لايأتيه الرجل العادى فى هذه الظروف يعتبر خطأ ، فإذا شبهنا سلوك الرجل العادى بالخط المستقيم ، فالإنحراف عنه فى السير هو الخطأ بعينه.

ومن نفس هذا المعيار نستطيع أن نخطو خطوة أخرى نحو تحديد الخطأ الجسيم فنقول أنه: كلما كان الإنحراف عن الخط المستقيم ، أو عن مسلك الرجل العادى شديدا أو خطيرا ، كان الخطأ جسيما، وبعبارة اخرى يكون الخطأ اليسير هو الإنحراف اليسير عن مسلك الرجل العادى- والخطأ الجسيم هو الإنحراف الخطير عن ذلك المسلك . وتحديد مدى الإنحراف عن الخط المستقيم يتأتى لنا بأن نفترض صورا متعددة من الخطأ، ونتصور بعضها هينا ، ثم نتدرج الى الصورة الأشد ، فيكون الخطأ الجسيم هو أشد هذه الصور المختلفة بعدا عن الخط المستقيم اى عن مسلك الرجل المعتاد.

وننوه هنا بأن البعض يكلف الى جانب حفظ الوديعة بالإلتزام بحفظ سر الوديعة. وذلك كالبنوك (القانون ٢٠٥ لسنة ١٩٩١) فهى تلزم مع حفظ الودائع بحفظ أسرارها وعدم إطلاع غير أصحابها عليها . والفرق بين الإلتزامين أن الأول التزام بعمل ، والثانى التزام بإمتناع عن عمل . الأول التزام ببذل عناية : اما الثانى فإلتزام بتحقيق غاية . وإذا كانت القوانين الجنائية تعبر عن السر بأنه وديعة فذلك من قبيل المجاز لأن الوديعة ترتب الإلتزام بالرد . ولا يتصور رد

السر الى صاحبه لأنه امر معنوى، والوديعة ترد على المنقول المادى دون المعنوى.

إستعمال الشىء المودع:

مما يكمل واجب الحفظ ألا يستعمل المودع عنده الشىء المودع إلا إذا أذن له فى ذلك المودع (المادة ٢/٧١٩ مدنى) فإذا خالف المودع عنده وإستعمل الشىء المودع دون أن يكون مأذونا له كان مسئولا عن تعيب الشىء أو هلاكه ولو وقع التعيب أو الهلاك بقوة قاهرة أو حادث فجائى . وكذلك إذا أتجر فى الشىء المودع . فإذا أستعمل جزءا فقط من الشىء المودع أو تصرف فيه ، فإنه يسأل عن هذا الجزء فقط.

وقد بلغ من عناية المشرع الفرنسى بواجب الأمانة فى حفظ الوديعة وعدم إستعمالها أنه نص فى المادة ١٩٣١ على أنه " لايجوز للوديع أن يكشف عن الوديعة ليعرفها ماهى إذا كانت قد سلمت اليه فى صندوق مقفل أو فى غلاف مختوم" غير أنه يصعب فى زمننا قبول هذا الحكم لانتشار الأعمال الإرهابية خاصة فى مؤسسات الحفظ المهنية.

وكما يجب على المودع عنده حفظ الشىء ذاته وعدم إستعماله كذلك يجب عليه أن يحفظ ثمار الشىء سواء كانت مدنيـة أو طبيعيـة وان يردها مع الشىء .

والإستعمال جائز للمودع عنده ، إذا أذنه المودع. ولكن يبقى الإستعمال أمرا ثانويا ويبقى الغرض الأساسى كما قدمنا هو حفظ الشىء.

أما إذا كان الإستعمال قد صار غرضا أساسيا من العقد ، فإن العقد لايصير وديعة ، وإنما يصبح عارية إستعمال أو قرض (١).

---

(١) السنهورى ج ٧ فقرة ٣٥٩- ص ٧١٢ بلانيول وريبير وسافاتييه ج ١١ فقرة: ١١٦٧ص ٥١٤.

وقد يكون الإذن الصادر من المودع صريحا ، وقد يكون ضمنيا. والاذن الضمنى يستفاد من ظروف العقد . فإذا أودع شخص عند شخص آخر ساعة ، فإنه لايضيره أن ينظر فيها المودع عنده ليعرف الوقت ، ومن المفيد له أن يستمر المودع عنده فى ملئها كل يوم لتستمر فى سيرها . كذلك من المفيد لمن يودع سيارة ان يقوم المودع عنده بإدارة محركها كل يوم بضع دقائق وان يسير بها مسافة معقولة حتى لاتتأثر اجزاء محركها وعجلاتها بعدم الإستعمال . ولكن من ناحية اخرى يجب أن يكون مثل هذا الإستعمال فى حدود المألوف . ولمن اودعت عنده كتب أن يقرأ فيها بحيث لايترك فيها أثرا للقراءة (١) .

وإذا كان المودع عنده ممنوعا من إستعمال الشىء المودع بنفسه، فإنه بالاولى يكون ممنوعامن إجارته أو إعارته للغير أو رهنه أو بيعه ، ولكن إذا اتجر المودع عنده فى الشىء المودع وجنى ربحا، كان له أن يحتفظ بهذا الربح لكونه ثمرة عمله ويبقى مع ذلك مسئولا عن تعيب الشىء وهلاكه ولا يستطيع أن يتذرع بالقوة القاهرة للتخلص من هذه المسئولية.

والمودع عنده مسئول عن الهلاك لا مسئولية مدنية فحسب بل مسئولية جزائية كذلك . فيعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة التبديد أو خيانة الأمانة بالنسبة الى علاقته بالمودع أما بالنسبة الى علاقته بالغير الذى تصرف له فى الشىء المودع ، فقد تنطبق على الوديع عقوبة النصب . والإذن بإستعمال الوديعة صريحا كان أو ضمنيا لا يفترض وإنما يجب على المودع عنده أن يثبته.

وهذه الأحكام متفقة مع أحكام القوانين العربية الأخرى (٢) والقانون

---

(١) السنهورى ج ٧ فقرة ٣٥٩ص ٧١٢.

(٢) ينص الفصل ٧٩٣ من قانون الإلتزامات والعقود على أنه : " إذا استعمل المودع عنده الوديعة أو تصرف فيها وذلك بدون إذن من المودع، كما إذا اعارها أو كما إذا كانت الوديعة دابة فركبها، فإنه يضمن هلاكها وتعييبها ولو حصل نتيجة قوة قاهرة أو حادث فج[illegible] . وهو يضمن ايضا القوة القاهرة والحادث الفجائى ، اذا اتجر فى الشىء المودع ولكنه [illegible] حينئذ الربح الذى يستخلصه من هذا الشىء وإذا لم يستعمل المودع عنده أو لم [illegible] فى جزء من الوديعه فلا يسأل الا عن هذا الجزء".

الفرنسى (١).

الإيداع من الباطن :

وليس للمودع عنده ان يحل محله غيره فى حفظ الوديعه، إلا بإذن صريح من المودع . وهذا الحكم ترديد لأهمية الإعتبار الشخصى فى الوديعة ، والذى يعتبر فى نظر المودع أكثر اهمية منه فى نظر المودع عنده غالبا . وقد نصت عليه المادة ٧٢١ مدنى ونصها : " ليس للمودع عنده ان يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع الا ان يكون مضطرا الى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة " .

فإذا خالف المودع عنده ، كان مسئولا عن الضرر الذى يصيب المودع ، فإذا هلكت الوديعة كان مسئولا عن هلاكها ، إلا إذا اثبت ان الوديعة كانت ستهلك أيضا لو أنها بقيت بين يديه ، كما لو هلكت الوديعة بحريق اتى على دار كل من المودع لديه الأول والمودع لديه الثانى ، وعلى مافيها من أثاث وأشياء .

- وتنص المادة ٧١٩ من التقنين المدنى المصرى على أنه ليس للمودع عنده ان يستعمل الوديعه " دون أن يأذن له المودع فى ذلك صراحة أو ضمنا ". وتطابق النص المصرى المادة ٢/٦٨٥ مدنى سورى والمادة ٢/٧١٩ مدنى ليبى، اماالمادة ٩٥٦ مدنى عراقى فتنص على أنه :

"١- ليس للوديع ان يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها، وان إستعملها بلا اذنه وهلكت فعليه ضمانها .

٢- وليس للوديع أن يتصرف فى الوديعة بإجارة أو إعارة أو رهن بلا إذن صاحبها، فإن فعل ذلك وهلكت فى يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن، فلمالكها تضمين الوديع، وله تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن إذا كان عالما بأن المال وديعة لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها.

وأما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فقد نص فى المادة ٧٠٠ على انه: "١- إذا استعمل الوديع الوديعة أو تصرف فيها بلا إذن من المودع كان مسئولا عن هلاكها أو تعيبها ولو كان السبب فيها حادثا خارجيا. ٢- وكذلك يكون فى جميع الأحوال مسئولا عن الهلاك أو التعيب ولو نجم عن طارىء غير متوقع إذا أتجر بالوديعة غير أنه يحتفظ بما يكون قد ربحه حينئذ من هذا الوجه، وإذا لم يستعمل إلا جزءا من الوديعة أو لم يتصرف إلا فى جزء منها، فلا يكون مسئولا إلا عن هذا الجزء ".

(١) المادة ١٩٣١. وانظر اوبرى وروا سمان- ج ٦ - فقرة ٤٠٣- ص ١٧٣.

ولكن إذا كانت هناك ضرورة عاجلة قد اضطرت المودع عنده الى إيداع الوديعة عند شخص آخر، كما لو تعرض للإعتقال أو الحبس فجاة فترك الوديعة عند أحد جيرانه ، فهلكت فإنه لايكون مسئولا أمام المودع عند الهلاك.

أما إذا كان المودع قد أذن للمودع عنده فى أن يحل محله شخصا آخر، فإن المودع عنده يسأل إذا اختار شخصا لاتتوفر فيه الصفات الضرورية التى تجعل منه شخصا صالحا لتكليفه بحفظ الوديعة أو إذا كان قد احسن الإختيار ، لكنه اعطى لمن احله محله تعليمات كانت هى السبب فى حصول الضرر.

ودعوى المودع التى يرجع بها لجبر الأضرار التى تصيبه توجه الى المودع عنده . وقد أضاف القانون المغربى نصا تميز به على القانون الفرنسى ، والقانون المصرى ، اعطى به دعوى مباشرة للمودع ضد المودع عنده الفرعى ليطالبه بتعويض الاضرار التى احدثها فى الشىء المودع بخطأه (١) .

وهذه الدعوى مقررة له الى جانب دعواه ضد المودع عنده الأصلى ، ولكن يلاحظ بطبيعة الحال أن الضرر الواحد لايجبر مرتين ، اى انه لايجوز للمودع أن يحصل على تعويض عن نفس الضرر مرة من المودع عنده الأصلى، واخرى من المودع عنده الفرعى ، بل يقتصر على تعويض الضرر مرة واحدة ، والا اثرى على حساب الغير بلاسبب.

وللضرورات العملية لاترى مانعا من القياس عليه لاتحاد العلة فى الحالتين

---

(١) يقيس القضاء الفرنسى الوديعة على الوكالة ليقرر للمودع هذه الدعوى المباشرة . (بلانيول ورييير وسافاتيه) - ج ١١ فقرة ١١٨٣- ص ٥٢٣) اما الفقه المصرى فيرفض هذا القياس لان الدعوى المباشرة لاتكون الا بنص (السنهورى ج ٧ فقرة ٣٦٠ - ص ٧١٧). ونحن نميل الى تطبيق القياس الذى أخذ به الفقه الفرنسى بين الوديعة والوكالة والنص موجود فى القانون المصرى وهو المادة ٣/٧٠٨ مدنى " ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل ان يرجع كل منهما مباشرة على الآخر" .

رغم الاتجاه الفقهى ان الدعوى المباشرة لاتتقرر الا بنـص . ومـن ناحيـة اخـرى فإن المودع تكون له دعوى الإستحقاق التـى يسترد بهـا الشـىء المـودع ان كـان مالكا له ويطالب بالتعويض عنه ، ولكـن يكـون أسـاس التعويـض هنـا المسـئولية التقصيرية.

وهذه الأحكام تتفق مع القانون الفرنسى والقوانين العربية الأخـرى بخـلاف القانون العراقى الذى نظم هذه المسألة بأحكام مأخوذة عن الفقه الإسلامى (١) .

---

(١) ينص الفصل ٧٩٢ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى علـى مـايلى : " لايحق للمودع عنده أن يحل شخصا آخر محله فى حفظ الوديعة ما لـم يـؤذن لـه فـى ذلـك صراحـة ، ومع إستثناء حالة الضرورة العاجلة . وهـو يسـأل عمـن يحـل محلـه بغـير اذن مـالم يثبـت أن الوديعة كانت ستهلك أيضا لو أنها بقيت بين يديه ، أما إذا إذن لـه فـى ان يحـل محلـه شـخصا آخر، فإنه لايسال الا فى حالتين:

"اولا": إذا اختـار شـخصا لاتتوافـر فيـه الصفـات الضروريـة التـى تجعـل منـه شـخصا صالحا لتكليفه بحفظ الوديعة.

"ثانيا": إذا أعطى لمن أحل محله ولو كان قد أحسن إختياره تعليمات كانت هـى السـبب فى حصول الضرر.

وفى التقنين المدنى السورى تطابق المادة ٦٨٧ المادة ٧٢١ من نص القانون المصـرى ، كذلك التقنين المدنى الليبى (المادة ٧٢١) مطـابق للقـانون المصـرى وقـد أضيـف فـى نهايـة النص (وفى هذه الحالة يجب على المودع عنده أن يخطر المودع بذلـك بمجـرد أن يتيسـر لـه الإخطار" وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوص مطابقة تقريبا للقانون المغربى هى : المادة ٦٩٧ : " لايحق للوديع أن ينيب عنه شـخصا آخـر فـى المحافظـة علـى الوديعـة الا فـى إحدى الحالتين الآتيتين :

١- إذا أجاز له المودع صراحة .

٢- إذا قضت بهذا الإحتفاظ ضرورة ماسة جدا .

والمادة ٦٩٨ " ان الوديع يكون فيما خلا الحالة المنصوص عليها فى العدد " ١ " من المادة السابقة، مسئولا عن الشخص الذى ينيبه منابه ، مالم يقم البرهـان علـى أن الوديعـة لـو بقيت بين يديه لنابها أيضا الهلاك أو التعيب بدون أن يرتكب خطأ أما إذا كان يحق للوديع ان ينيب منابه شخصا آخر، فلا يلزمه الضمان إلا فى الحالتين الآتيتين : -

وللمودع فى مواجهة المودع عنده الفرعى ، دعوى مباشرة فى جميع الأحوال التى كانت تثبت له فيهاهذه الدعوى فى مواجهة المودع عنده الأصلى وذلك مع حفظ حقه فى الرجوع على هذا الأخير".

مسئولية المودع عنده عند الحراسة :

لاشك فى أن المودع عنده إذا كانت له سلطة الرقابة والتوجيه على الشيء فإنه يعتبر حارسا عليه ، ويلزم بتعويض الغير عن الضرر الذى أصابه وكان الشيء سببه المباشر، ولا يلزم بالتعويض إذا اثبت أنه فعل ماكان ضروريا لمنع الضرر ، وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائى أو لقوة قاهرة أو لخطأ المتضرر. أما إذا احتفظ المودع بسلطة الرقابة والتوجيه على الشيء ، كما إذا ترك سيارته مقفولة فى جراج أو موقف سيارات ومنع حركتها بالفرامل فإنه يكون مسئولا عن الإضرار التى تصيب الغير ولا يسأل المودع عنده عنها .

١- إذا اختار شخصا غير حائز للصفات التى تؤهله لحفظ الوديعة.

٢- إذا استبدل التعليمات التى كانت لديه أو أصدر الى الشخص الذى أنابه تعليمات نشأ عنها الضرر وإن يكن قد احسن إختياره ".

أما القانون العراقى فقد نص فى المادة ٢/٩٥٢ على أن الوديع له " أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله عادة ، وله أن يحفظها عند يد امينة بعذر " .

وفى المادة ٩٥٨ نص على انه:

١- إذا أودع الوديع الوديعة عند أحد بإذن صاحبها ، خرج من العهدة ، وصار الثانى وديعا.

٢- وان اودعها بلا اذنه عند من لايأتمنه عادة وهلكت بتعدى الوديع الثانى فلصاحبها الخيار ان شاء ضمن الوديع الاول أو الثانى . فان ضمن الاول فله الرجوع على الثانى ، وان ضمن الثانى فلا رجوع له على احد وان هلكت عند الثانى بدون تعدية وقبل مفارقة الاول فلا يضمن احد منهما وان هلكت بعد مفارقته فلصاحبها ان يضمن الوديع الاول دون الثانى " .

المطلب الثالث

الإلتزام بالرد

تنص المادة ٧٢٢مدنى على انه " يجب على المودع عنده أن يسلم الشىء الى المودع بمجرد طلبه ، الإ إذا ظهر من العقد ان الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشىء فى اى وقت الا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع " .

الوديعة إما ان تكون مطلقة بلا تحديد أجل معين ، أو أن تقترن بأجل ، فإذا كانت الوديعة لأجل معين التزم المودع عنده بالأجل إذا كان مقررا لمصلحة المودع ، فلا يجوز له أن يجبر المودع على إسترداد المنقول المودع قبل حلول الأجل المتفق عليه ، لأن الوديعة لأجل عقد لازم بالنسبة الى المودع عنده . أما إذا تبين أن الأجل مقرر لمصلحة الوديع فيجوز له النزول عنه ، ولا يجوز للمودع أن يلزمه بالرد قبل إنقضاء هذا الأجل .

غير أنه إذا وجدت مبررات خطيرة لدى المودع عنده ، تضطره الى تسليم الوديعة الى مودعها، جاز له ذلك قبل حلول الأجل ، مثل هجرته من البلاد .

أما إذا لم يتفق على أجل للوديعة ، فإن الوديع يستطيع أن يردها الى مودعها فى أى وقت بشرطين :

الأول : أن يتخير الوقت المناسب لذلك ، فلايجوز له ردها فى وقت غير لائق، كما لو التقى بالمودع فى المطار وهو مسافر وطلب منه أن يتسلم وديعته .

الثانى : ان يترك فسحة من الوقت للمودع لكى يتأهب ويجهز ما يلزم لاستلام الشىء المودع.

طبيعة الإلتزام بالرد:

ورد الشيء المودع التزام على عاتق المودع عنده ، وهو إلتزام بتحقيق غاية ، وذلك خلافا للالتزام بالحفظ فهو إلتزام ببذل عناية. ومعنى هذا أن المودع عنده لايكتفى منه بأن يثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد لكى يتم التسليم ومع ذلك لم يتحقق التسليم . بل هو ملتزم بأن يحقق التسليم ولا تبرأ ذمته الا بتحققه ، ولا يعفيه من ذلك الا أن يثبت وجود سبب اجنبى حال دون تحقق النتيجة .

والرد التزام على المودع عنده سواء كان الشيء المودع معينا بذاته أو بنوعه فى الأصل . فمثلا النقود وهى من المثليات يمكن أن تكون محلا للوديعة إذا وضعت فى صندوق أو كيس مقفل ، بحيث تبقى لها ذاتيتها ، ويكون الإلتزام بالرد قائما بحالتها هذه . أما إذا سلمت النقود للمودع عنده بعددها دون تعيين لذاتيتها بهذه الطريقة ، فإنه يتملكها ويلتزم برد مثلها اى تصبح الوديعة وديعة ناقصة أو قرضا ، وكذلك الحال إذا كان الشىء المودع سندات لحاملها تسلم إلى أحد البنوك وديعة ، فإنها إذا ذكرت بأرقامها كانت شيئا معينا بذاته ، ووجب أن ينصب الرد عليها بعينها ، وللمودع ان يرفض إستلام قدرها من سندات اخرى . أما إذا ذكرت بعددها دون ارقامها فإنه يمكن اعتبارها وديعة ناقصة ويلتزم البنك المودع عنده برد عدد مماثل لما تسلمه منهاشريطة ان تكون من نفس نوعها ومن نفس تاريخ الإصدار.

إثبات الرد :

ومن حق المودع عنده أن يطالب المودع برد إيصال الوديعة إذا كان قد حرر له إيصالا وقد يعرض عليه المودع أن يحرر له مخالصة تفيد أنه تسلم وديعته وتفيد براءة ذمة المودع عنده ، وعندئذ ليس للمودع عنده أن يتمسك برد إيصال الوديعة الصادر منه.

ولكن إذا كان إيصال الوديعة إيصالا للحامل فإن إنتقال الصك الى يد اخرى ينقل بالتالى الحق فى إستلام الوديعة الى تلك اليد الأخرى ، ولذلك

يتعين على المودع الا يرد الوديعة فى هذه الحالة إلا الى حامل " الإيصال لحامله " .

وإذا اختلف المودع والمودع عنده على ذاتية الشيء المودع ، كان عبء إثبات الوديعة على المودع سواء كان الإثبات فى مواجهة المودع عنده بنفسه ، أو فى مواجهة دائنيه ، إن كان قد أشهر إفلاسه . ويكون الإثبات عادة بالكتابة أى بالإيصال المحرر من المودع عنده.

كيفية الرد :

وعلى المودع عنده ان يرد الشيء وتوابعه بحالته وقت الرد، طالما انه حافظ عليه أما إذا كان قد قصر فى واجب الحفظ وتلف الشيء المودع أو تعيب ، فإنه يكون مسئولا مالم يثبت السبب الأجنبى وهذا هو نفس الحكم فى القانون الفرنسى والقانون المغربى ، فالمادة ٨٠٤ من المغربى تقضى بأن يكون رد الشيء وتوابعه فى الحالة التى هو عليها (١) .

وقد يهلك الشيء المودع ويتعذر تنفيذ الإلتزام بالرد عينا، ولكن يحل محل الشيء مال آخر أو مقابل فينتقل الإلتزام بالرد الى هذا المقابل طبقا لنظرية الحلول العينى فإذا كان الشيء مؤمنا عليه وتقاضى المودع عنده مبلغ التأمين وجب عليه رده للمودع ، وإذا كان الشيء المودع سندات حل ميعاد إستهلاكها فتسلم المودع عنده قيمة الإستهلاك وجب عليه تسليمها للمودع ، وإذا استولت الحكومة على الشيء المودع للمنفعة العامة مقابل تعويض وجب أيضا تسليم التعويض للمودع (٢) وإذا تعدى شخص على الشيء المودع فأدى تعويضا على

---

(١) وتقضى بذلك الحكم أيضا المادة ١٩٣٣ مدنى فرنسى- انظر اوبرى ورو ج ٦ فقرة ٤٠٣ص ١٧٤.

(٢) أما إذا لم تؤد الحكومة تعويضا كما حالة إعدام الشيء المودع طبقا لقوانين الصحة العامة فإن المودع عنده يسقط عنه الإلتزام بالرد لأن هذه الحالة تعد من حالات القوة القاهرة بل ويجوز للمودع عنده ان يلجا الى قاضى الأمور الوقتيه ليامر بإعدام الشيء حفاظا على الصحة العامة- السنهورى ج ٧-١ص ٧٢٢ وهامش ٣.

تعديه وجب تسليمه للمودع أما إذا لم يكن قد ادى التعويض فإن على المودع عنده ان ينزل عن دعوى التعويض للمودع ، وهذه الأحكام كما ذكرنا تطبيقات شتى لنظرية الحلول العينى (١).

رد الثمار:

والرد كما يتناول الشيء ذاته ، يشمل كذلك ثماره المدنية والطبيعية التى انفصلت عنه أو جناها المودع عنده منه ، فهى كلها من حق المودع .

فإذا كان المودع سهما يغل ربحا أو سندا ربح جائزة وجب ردها ، وإذا كان حيوانا له نتاج وجب رد النتاج الى المودع.

أثر وفاة المودع عنده :

وقد يحدث أن يموت المودع عنده ، وعندئذ يبقى الإلتزام بالرد: قائما فى تركته ، فلا يوزع الشيء المودع بين الورثة، بل يتعين رده الى المودع .

بيد أن الوارث قد يتصرف فى الشيء ظنا منه أنه من عناصر التركة ، وقد يتصرف فيه بعوض أو بغير عوض ، وقد يكون تصرفه بسوء نية- كذلك قد يكون المتصرف إليه حسن النية أو سيء النية عندما تلقى الشيء فما حكم كل من هذه الفروض؟

وفى القانون المصرى إذا كان الشيء المودع عقارا (وهذا جائز فى القانون المصرى كما تقدم) فإن تصرف الوارث فيه لاينفذ فى حق المودع لكونه تصرف فى ملك الغير، ويمكن الإسترداد فى اى وقت ما دام المتصرف اليه لم يتملك العقار بمضى المدة القصيرة أو الطويلة . أما إذا كان الشيء منقولا، وكان كل من الوارث والمتصرف إليه حسن النية، فإن المودع لايمكنه إسترداد الشيء، ويبقى له الرجوع على الوارث فقط ليطالبه برد ماقبضه من الثمن والتنازل إليه

---

(١) وقد نص الفصل ٨١٠ من قانون الإلتزامات المغربى على هذا الحكم فقال" المودع عنده الذى ينتزع منه الشيء بقوة قاهرة ويأخذ عوضا عنه شيئا آخر أو مبلغا من النقود يلتزم برد ما أخذ عوضا ".

عن حقوقه على المشترى إذا كان الوارث قد تصرف معاوضة . أما إذا كان قد تصرف تبرعا فإنه يلتزم بقيمة الشىء وقت التبرع. وأما إذا استهلك الوارث الشىء فإنه يرد الى المودع قيمته وقت الإستهلاك (سواء كان حسن النية أو سىء النية) الا إذا انخفضت وقت الرد فيرد القيمة المنخفضة . وقد يكون الوارث سىء النية والمتصرف اليه سىء النيه كذلك وعندئذ يستطيع المودع أن يسترد الشىء وأن يرجع عليهما أو على أحدهما بالتعويض ، وقد يكون الوارث سىء النيه وتصرف الى شخص حسن النية ، وفى هذا الغرض لايمكن استرداد الشىء من المتصرف اليه لكونه حسن النية ، ولكن للمودع ان يرجع على الوارث سىء النية بالتعويض كاملا ، وليس فقط بقيمة الثمن ، أو قيمة الشىء وقت التبرع، وقد يكون الوارث حسن النية وتصرف الى شخص سىء النية ويكون فى هذه الحالة للمودع إسترداد الشىء من المتصرف اليه بسوء نية ، كما ان له ان يطالبه بالتعويض بالإضافة الى حقوقه قبل الوارث حسن النية والتى تنحصر فى مطالبته برد ما قبضه من الثمن أو قيمة الشىء وقت التبرع بحسب ما إذا كان التصرف معاوضة أو تبرعا ، وهذه الأحكام المقررة فى القانون المصرى بعضها مستمد من القواعد العامة فيه وبعضها ورد فى المادة ٧٢٣ مدنى (١) التى توجد نظائر مطابقة لها تماما فى التشريعين السورى والليبى ، أما القانون العراقى واللبنانى فلم ترد فيهما نصوص مماثلة ، وإن كان العمل بهذه الأحكام فى ظلهما ممكنا لكونها متفقة مع الأحكام العامة فيهما.

من يرد اليه الشىء :

ورد الشىء المودع يكون الى المودع ، ولو لم يكن هو مالك الشىء فقد يكون وكيلا عن المالك أو نائبا عنه نيابة قانونية ، كالولى والوصى والقيم ، وقد يكون نائبا نيابة قضائية كالحارس القضائى وكوكيل الدائنين بالنسبة الى أموال المفلس ، بل ان المودع قد يكون مغتصبا للشىء أو سارقا . وهو على أية حال لايكلف بأن يثبت ملكيته للشىء ، وإذا طالب بالرد فإنما يطالب بذلك بناء على دعوى عقد الوديعة ، ويكفى فيها أن يثبت وجود العقد، ولاحاجة به الى

---

(١) تنص المادة ٧٢٣ مدنى مصرى على أنه: " إذا باع وارث المودع عنده الشىء المودع وهو حسن النية، فليس عليه لمالكه الا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عن حقوقه على المشترى وأما إذا تصرف فيه تبرعا، فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع".

اثبات الملكية إلا إذا كـان يطلب الرد علـى أسـاس دعـوى الإسـتحقاق بإعتبـاره مالكا . وقد يتم الإيداع من المودع ولكن بإسم شخص آخر ولحسابه ، كمـا يـودع الوكيل اموال موكله ، وكما يودع الشيء المرهون رهنا حيازيا لدى عدل يختـاره الطرفان ، ويعين شخصا ليسلم الوديعة وفى هذه الأحوال يتعين أن يتم الـرد الـى من حصل الإيداع بإسمه أو لحسابه أو عين للاستلام ، أوعلى الأقل الا يتـم الـرد الى غيره الا بموافقته . على انه إذا كان الشخص المعيـن لاسـتلامها وكيـلا عـن المودع فهذا لايمنع المودع من إسـتلامها بنفسـه دون موافقـة الوكيـل . وقـد أنشأ القانون لصالح الدائن بالرد فى هذه الحالات دعوى مباشـرة قبـل المـودع عنـده . فلم يعد فى حاجة الى إستخدام حق المودع بدعوى غير مباشرة إذ تغنيه الدعـوى المباشرة ، وإذا تنازل المودع عن الشيء المودع الى آخـر اصبـح للمتنـازل اليـه الحق فى المطالبة برده ولا يلزم إعلان المودع عنده بهذا التنازل ولارضاؤه بـه، لأن هذا التنازل ليس حوالة حق بل هو تصرف فى شيء معين بـالذات والمـودع عنده ليس مدينا بدين بل هو أمين على الشيء المودع.

أثر وفاة المودع :

وإذا توفى المودع وجب أن ترد الوديعة إلى وارثه أو إلى النـائب القـانونى لهذا الوارث إن كان ناقص الأهلية ، فإذا تعدد الورثة كان للمـودع عنـده أن يـرد الى كل وارث بقـدر نصيبـه ويكون ذلـك تحت مسئوليته الشـخصية ، والأسـلم بالنسبة الى المودع عنده هو أن يرفع الأمر للقاضى ويجرى ما يـأمره بـه لإبعـاد المسئولية عن نفسه ، كذلك الورثة إذا كان بينهم قصر أو كان الشـىء غيـر قـابل للتبعيض ، ولم يتوصلوا الى الإتفاق فيمـا بينهم علـى كيفيـة اسـتلامه والتصـرف فيـه ، فـإن عليهـم أن يحصلـوا علـى إذن مـن القـاضى بإسـتلام الشـىء ، وإذا لـم يفعلـوا ذلـك كـان للمـودع عنـده أن يـودع الشـىء فـى محـل مخصـص للامانـات بحسب طبيعتـه وتبرأ ذمتـه بهـذا الإيـداع ، كذلـك إذا طلـب شـخص مـن الغـير إلـى القـاضى أن يـلزم المـودع عنـده بـإيداع الشـىء لمصلحـة لـه عليـه يدعيهـا أو يطـالب بهـا ، جـاز للقــاضى أن يـأمر المــودع عنـده بـالإيداع فـى المحـل المخصص للأمانات .

وأخيرا يجب رفع الأمـر للقاضى بواسطـة المـودع عنده إذا وجـد أشخاص

موصى لهم بنصيب فى التركة ، أو كانت التركة فى حالة إعسار (١).

الرد لغير المودع :

وعلى المودع عنده أن يتحرى ثبوت صفة الوارث فيمن يطالب بإستلام الوديعة فيطلع على مستندات تؤكد ذلك ، فإذا إتضح فيما بعد أن من تسلم الوديعة لم يكن هو الوارث الحقيقى وإنما كان وارثا ظاهرا ، فإن المودع عنده – والفرض فيه حينئذ انه حسن النية– لايكون مسئولا عن ذلك ويكون للوارث الحقيقى أن يرجع على الوارث الظاهر لإسترداد الوديعة بأن يثبت انه هو الوارث ، وليس ذلك الذى تسلم الوديعة من المودع عنده.

---

(١) أحكام القوانين العربية فى الموضوع كالآتى:

نص الفصل ٨٠٠ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى على أن: "لاترد الوديعة عند موت المودع الا لوارثه أو لمن ينوب قانونا على هذا الوارث: وإذا تعدد الورثة كان للمودع عنده الخيار بين أن يرفع الأمر للقاضى وإجراء ما أمره به لابعاد المسئولية عنه ، وبين أن يرد الوديعة للورثة كل بقدر نصيبه ، وهنا يتحمل مسئولية فعله وإذا كان الشىء المودع غير قابل للتبعيض وجب لتسلم الورثة إياه ، اتفاقهم فيما بينهم على ذلك، وإذا كان من بينهم قاصرون أو غائبون لم يسغ رد الوديعة الا بإذن القاضى ، فإذا لم يتفق الورثة أو لم يحصلوا على إذن القاضى، كان للمودع عنده أن يبرىء نمته بايداع الشىء فى المحل المخصص للأمانات وفق ما يقضى به القانون ويسوغ أيضا أن يلزمه القاضى بإجراء هذا الإيداع ، بناء على طلب كل من له مصلحة عند إعسار التركة وعند وجود وصايا يجب على المودع عنده رفع الأمر للقاضى". وبمثل هذه الأحكام جرت المادة ٧٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ونصها:" إذا توفى المودع فلا يجوز للوديع أن يرد الوديعه الى غير وارثه أو من يمثله على وجه قانونى– وإذا وجد عدة ورثة جاز للوديع أن يختار أحد وجهين ، فإما أن يعرض القضية على القاضى ثم يعمل بمقتضى قراره فيرفع التبعية عن عاتقه، وأما أن يرد الى كل من الورثة ما يعادل نصيبه ، وفى هذه الحالة يبقى مسئولا. وإذا كانت الوديعة غير قابلة للتجزئة وجب على الورثة أن يتفقوا ليتمكنوا من استلامها . وإذا وجد بينهم قصر أو غائبون فلايمكن رد الوديعة الا بإذن من القاضى وإذا لم يتفق الورثة أو لم يحصلوا على هذا الإذن ، فالوديع تبرأ نمته بإيداع الوديعة وفاقا لاحكام الإيداع أما من تلقاء نفسه، وأما بموجب حكم من القاضى يصدره بناء على طلب أى كان من نوى الشأن – أما إذا كانت التركة غرقة أو كان هناك اشخاص موصى لهم ، فيجب على الوديع فى كل حال ان يرفع الأمر الى القاضى". وتنص المادة ٧٠٨ على أن أحكام المادة السابقة تطبق أيضا على الحالة التى يكون فيها عقد الإيداع صادرا من قبل عدة أشخاص معاء مالم يكن هناك إتفاق صريح على أن الوديعة يمكن ردها الى احدهم أو الى الجميع".

وتنص المادة ٩٦٣ من التقنين المدنى العراقى:" إذا أودع اثنان مالا مشتركا لهما عند شخص ثم طلب احدهما رد حصته من الوديعة، فإن كانت من المثليات كان على الوديع الرد ولو كان شريكه غائبا، وان كانت من القيميات فليس له الرد إلا برضاء الشريك الآخر.

وقد لا ترد الوديعة الى الوارث ، وذلك إذا كان إيصال الوديعة إيصالا

لحامله ، وتصرف فيه المودع أو الوارث الى الغير، فلا تسلم الوديعة إلا لحامل هذا الإيصال. وكذلك إذا كان المودع قد عين شخصا آخر لإستلام الوديعة ، وكان هو وكيلا عن هذا الشخص أو فضوليا أودعه نيابة عنه ، أو كان المعين للإستلام موصى له بهذا الشيء ، وكانت تلك الوصية صحيحة وجائزة ، أما إذا كانت وصية باطلة أو غير جائزة فلا يجوز الرد إلا للوارث ، ويجوز طبقا للقواعد العامة رد الوديعة الى من كان يحوز إيصالا أو إبراء من المودع ، ويتقدم به الى المودع عنده طالبا الرد ويفترض فيه أنه مأذون فى إستيفاء الإلتزام ، مالم يكن المدين فى واقع الأمر قد علم أو كان عليه أن يعلم أن لا حقيقة لهذا الإذن ، إذ يعتبر المدين الذى يعلم أو كان عليه أن يعلم عدم صحة التفويض مدينا سىء النية يلتزم بالتعويض ويجوز للمودع أن يسترد الشىء من مستلمه .

الحق فى الحبس :

ورد الوديعة واجب بمجرد أن يطلب المودع ردها ، إلا إذا كان الأجل مقررا لمصلحة المودع عنده . ولكن المودع عنده يستطيع أن يمتنع عن الرد إذا كان يمارس حق الحبس على الشىء المودع. وهو يمارس هذا الحق إذا كان له أجر عن الوديعة لم يؤده اليه المودع ، أو وقع له ضرر بسبب الوديعة فنشأ له حق فى تعويض فى ذمة المودع ، أو أنفق مصروفات ضرورية لحفظ الوديعة ، فحبسها حتى تؤدى إليه المصروفات . وتقضى المادة ٧٢٤ مدنى بأن " الأصل فى الوديعة أن تكون بغير اجر فإذا إتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت إنتهاء الوديعة مالم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك "

وإذا لم يتم الوفاء للمودع عنده بما يستحق له من مصروفات ضرورية أو نافعة كان له أن يوجه إنذارا إلى المودع، ثم يستحصل من المحكمة على الإذن فى بيع الشىء المودع وفى أن يستعمل المبلغ الناتج من البيع فى إستيفاء حقه بالإمتياز على الدائنين الآخرين للمودع طبقا للمادة ١١٤٠ مدنى ونصها :

" ١ - المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم يكون لها إمتياز عليه كله.

"٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الإمتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقه للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها ".

ولا يحق للمودع عنده أن يمتنع عن تسليم الوديعة الى المودع لمجرد أن شخصا من الغير يدعى حقا عليها ، بل لابد أن يصل هذا الادعاء الى حد الحجز على الشيء المودع تحت يد المودع عنده،اوإقامة دعوى الإستحقاق ضده ، وقد كان هذا الحكم موجودا فى مشروع التقنين المدنى المصرى ، ولكنه حذف عند مراجعته فى البرلمان لإنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فإستغنى عنه إكتفاء بأنه يمكن العمل به تطبيقا للقواعد العامة فى القانون .

وعلى المودع عنده أن يخطر المودع فورا بالحجز اورفع الدعوى ، وبمجرد أن يثبت كونه مودعا عنده فقط تحكم المحكمة بإخراجه من الدعوى ، وطبيعى أنه لايتحمل شيئا من مصاريف الدعوى فى هذه الحالة.

وإذا حل أجل الوديعة ولم ينته النزاع فإن المودع عنده يستطيع أن يودع الشيء بمحل للإمانات لحساب من يثبت له الحق فيه من الأطراف المتنازعين .

وليس للمودع عنده أن يجرى المقاصة بين الوديعة إذا كانت من المثليات ، وبين دين له فى ذمة المودع ، وذلك لأن الوديعة وإن كانت متركبة من أشياء مثلية تصبح بإيداعها شيئا معينا بالذات مادامت فى حرز مقفل ، والمودع عنده ملتزم بردها بعينها لايمثلها ولذلك لاتجوز المقاصة . أما الوديعة الناقصة التى تتضمن أشياء مثلية كالنقود فإن المقاصة فيها تجوز لانها تعتبر قرضا ورد الوديعة يجب أن يتم فى المكان الذى يجب فيه حفظ الشيء إلا إذا أتفق على

مكان آخر للرد فإنه يجب اجراء الرد فى المكان المتفق عليه (١) والوديعة من عقود التبرع يراعى فيها أن المودع عنده متفضل بحفظ الشىء لمودعه ، ولذلك فإنه من غير المقبول تحميله بمصروفات تسليم الشىء المودع ونقله ان إحتاج الأمر ، ولذلك تكون هذه المصروفات على جانب المودع . ومع ذلك فإنه يجوز أن يتفق طرفا عقد الوديعة على أن تكون المصروفات على المودع عنده (٢).

دعاوى المودع :

وللمودع قبل المودع عنده دعوى شخصية ناشئة من عقد الوديعة يمكنه بواسطتها أن يطالبه برد الشيء المودع ، وإذا تعدد المودع عندهم، فإن المودع يستطيع أن يرفع هذه الدعوى على من يحوز الشىء المودع من بينهم ، كما يمكنه أن يطالبهم جميعا أو أن يطالب أى واحد منهم بهذا الشى إذا كانت الودائع حرفة تجارية لهم.

فالمودع لديهم المتعددون اذاًيكونون متضامنين فيما بينهم بالإلتزامات والحقوق الناشئة من الوديعة ، أما إذا لم يكونوا تجارا فالتضامن لايفترض فى المسائل المدنية ، وإذا توفى المودع عنده فإن الدعوى يمكن أن تقام ضد ورثته للمطالبة بالشىء المودع . ولكن لايكون الورثة عند ذلك متضامنين ، وإذا كان الشىء مودعا فى مكان معلوم فإن المودع يستطيع الإلتجاء الى القاضى ليحصل منه على أمر بفتح المكان وإستلام الشىء خاصة إذا كان المودع عنده غائبا فى مكان غير معروف.

---

(١) يقضى القانون الفرنسى بأن الرد يكون فى مكان الوديعة ذاتها مالم يتفق على خلافه اوبرى ورو- ج ٦ فقرة ٤٠٣- ص ١٧٨.

(٢) كان فى مشروع التقنين المدنى المصرى نص يجعل التسليم واجبا فى المكان الذى يجب فيه حفظ الشيء وأن تكون المصروفات على المودع مالم يتفق على ما يخالفه ، ولكنه حذف من لجنة المراجعة بالبرلمان إكتفاء بالقواعد العامة، وهى تقضى بنفس الحكم .

أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فهو يقضى برد الوديعة فى مكان إيداعها فتنص المادة ٧٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه: " يجب رد الوديعة فى مكان ايداعها مالم يكن ثمة نص مخالف ، وإذا كان من المتفق عليه ان ترد فى مكان غير المكان الذى اودعت فيه ، فعلى المودع أن يقوم بنفقة ردها ونقلها ".

وتتقادم الدعوى الشخصية بمضى خمسة عشر عاما (المادة ٣٧٤مدنى).

وللمودع إذا كان مالكاًدعوى أخرى عينية هى دعوى الملكية التى يحمى بها حق ملكيته ويمكنه بناء عليها أن يطالب برد الشىء وهى لاتتقادم ، وأخيرا إذا هلك الشىء كان للمودع دعوى التعويض التى تمكنه من الحصول على قيمة الشىء وقت وجوب رده ، الا إذا زادت قيمته قبل صدور الحكم فى الدعوى ، فإنه يحصل على قيمته بعد الزيادة ويشمل التعويض كذلك جبر الأضرار التى أصابت المودع عن التأخير وحرمانه من الشىء.

المبحث الثانى

إلتزامات المودع

فى الوديعة غير المأجورة لايلتزم المودع بشىء ، إذ هى كما تقدم عقد ملزم لجانب واحد، ولاتكون الوديعة عقدا ملزما للجانبين إلا عندما يوجد شىء يلتزم به المودع . وذلك الشىء قد يكون أجرا للوديعة ، وقد يكون مصروفات ضرورية أنفقت عليها ، وقد يكون تعويضا تعين أداؤه الى المودع عنده ، وفيما يلى نبحث كلا من هذه الحالات .

ولكن هل تعتبر التزامات المودع دائما إلتزامات عقدية أى مصدرها عقد الوديعة أم أنها تنبع من مصدر آخر غير العقد ، إذا لم ينص العقد عليها؟

يذهب رأى الى أن التزام المودع فى الوديعة بلا أجر بدفع ما ينفقه الوديع فى سبيل حفظ الوديعة وصيانتها من الهلاك والتلف ، إلتزام مصدره القانون . والمصدر المباشر لإلتزام المودع هو القانون لا عقد الوديعة بلا أجر الذى هو عقد غير تبادلى (١).

(١) مأمون الكزبرى : نظرية الإلتزامات فى ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربى - الجزء الأول- الطبعة الثالثة ١٩٧٤- فقرة ١٨ - ص ٣٤ الهامش رقم ١٠- ثم الفقرة ٤١٢.ص ٥١٩.

ويذهب رأى آخر الى التفرقـة بين الحـالات التـى ورد نـص قـانونى علـى التزام المودع بشىء فيها ، والحالات التى لم يرد مثل هذاالنص فيـه ، فـإذا كـان ثمة نص يلزم المودع بشىء (كما هو الشأن فى المادة ٧٢٥ مدنى مصرى الذى يلزم المودع برد مصروفات الحفظ والصيانة) فـإن هـذا الإلـتزام ينبـع مـن عقـد الوديعـة . وبذلـك تكـون الوديعـة عقـدا ملزمـا للجـانبين ، إذا أنشـات التزامـا بـرد المصروفات أو أنشات اى التزام آخر فى جانب المـودع، أمـا إذا لـم يوجـد نـص قانونى ، كما هو الحال بالنسبة للمصروفات النافعة والكمالية والتزام المودع بهما فى القانون المصرى فإن المودع عنده لايرجع بها طبقـا لعقـد الوديعـة، بـل طبقـا للقواعد العامة ، لأن الإلتزام بردها ناشىء من فعل الإتفاق (١) .

ونحن نؤيد الرأى الثانى ، لأن النص القـانونى الـذى يقـرر الـتزام المـودع بالمصروفـات الضروريـة مصـدر غـير مباشـر لالـتزام المـودع وليـس مصـدرا مباشرا ، إذ المصدر المباشر له هو عقد الوديعة، حتى ولو كان هذاالعقد لم ينص صراحة على هذاالإلتزام والسبب فـى ذلـك أن المشـرع وقـد وضـع أحكامـا لعقـد الوديعة إنما يرتب الحقوق والإلتزامات التى يغفلها المتعاقدون فى عقودهم إكتفـاء بأن القانون يرتبها ، فهذه النصوص مكملة لارادة المتعاقدين فإذا اتفـق الأطـراف على غيرها سرى إتفاقهم وإستبعد تطبيق النصوص.

وعلى ذلك فإن العقد هو دائما المصدر المباشر سـواء جـاء الإلـتزام بنـص فى العقد يمثل إرادة الطرفين الصريحة ، أو جاء بنص فى القانون يمثل ارادتهمـا الضمنية وبذلك يبقى القانون مصدرا غير مباشر، والفرق بين الحالتين أن القانون عندما يفرض إلتزاما يفرضه بصفة آمرة كـالإلتزام بتأدية الضرائـب أو بمراعـاة قيـود معينـة إزاء المبـانى المجـاورة عند إقامـة مبنـىأو الإلـتزام بنفقـة الزوجـة والأولاد ، أما الإلتزامات التى تذكر بصدد تنظيـم عقد من العقـود تنظيمـا قانونيـا

(١) السنهورى: فقرة ٣٧٧- ص ٧٤٤- ٧٤٥ كذلك يذهب الفقـه الفرنسـى الـى أن الرجوع بالمصروفات النافعه يكون بدعوى الإثراء بلا سبب بمطالبة مـالك الشـىء بتعويض يوازى ما ابعده من نقص فى قيمة الشـىء أو مـازاد فـى تلـك القيمـة النافعـه - اذا كـانت تلـك الزيـادة قائمـة وقـت رده .انظـر: اوبـرى ورو ج : ٦ فقـرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هـامش رقـم ١ بلانيول وريبر وسافاتييه: فقرة ١١٨٤- ص ٥٢٣.

فهى ليست قواعد آمره بل مفسرة وتطبيقا لذلك يكون القانون المصدر المباشر للقواعد الآمرة التى تنظم العقود أحيانا ، لأنها ليست مكملة لارادات الأطراف ، ولإنه لا يجوز الإتفاق على مخالفتها فليست لها صفة عقدية ، ومن ناحية أخرى فإن الإلتزام الذى يعتبر القانون مصدره المباشر لايلزم توافر الأهلية فى الملتزم به ، فالصبى ولو كان غير مميز يلتزم فى ماله بالضرائب مثلا ، بينما الإلتزام الذىيرجع الى العقد أو الى التنظيم القانونى لعقد من العقود ، فتشترط الأهلية فيمن يلتزم به ، فلا يجوز الزام المودع إذا كان عديم الأهلية بدفع مصروفات الحفظ والصيانة ، ولو كان هذا الإلتزام مصدره القانون لجاز أن يلتزم به المودع ، وعلى العكس من ذلك فإن الإلتزام الذى لايوجد نص فى العقد أو فى القانون يقرره تكميلا لإرادة المتعاقدين لايكون إلزاما عقديا، ومن هنا جعل الفقه الفرنسى مصدر رجوع المودع عنده على المودع بالمصروفات النافعة الإثراء دون سبب، وجعله القانون المغربى الفضالة (الفصل ٨١٤ من قانون الإلتزامات والعقود) .

كذلك نلاحظ أن الوديعة المأجورة عقد معاوضة ملزم للجانبين لان الأجر التزام ناشىء من العقد، حتى ولو كان لم ينص عليه فى صلب العقد كما لو جرى العرف على أن يستحق للمودع عنده أجر . والعرف قانون ولكننا لانقول أن الإلتزام فى هذه الحالة مصدره قانون عرفى ، بل نقول ان مصدره العقد ، لأن المتعاقدين لم تنصرف إرادتهما إلى مخالفة القاعدة العرفية التى تقضى بأن يستحق المودع عنده أجرا ، وبالمثل فإنه إذا كان القانون قد تكفل بذكر إلتزام معين فى نص منفصل وخلا العقد من ذكر هذا الإلتزام أعتبر ناشئا من العقد لأن إرادة المتعاقدين لم تنصرف الى مخالفة القاعدة التشريعية فهذه القاعدة تكمل إرادتهما .

المطلب الأول

التزام المودع بأجر الوديعة

تنص المادة ٧٢٤ مدنى على أن " الأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت إنتهاء الوديعة مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك "

هذا الإلتزام كما سبق القول لا يوجد إلا فى الوديعة المأجورة وأجر المودع عنده قد يوجد إتفاق عليه وقد لا يوجد، فإذا لم يوجد إتفاق عليه إعتبرت الوديعة تبرعية أى بلا أجر، إلا إذا كان العرف يجرى على أن تكون مثل هذه الوديعة بأجر ، فمثلا إيداع السيارة فى جراج قد لايصحبه إتفاق على الأجر، ولكن العرف يجرى على أن يكون هذا الإيداع لقاء أجر . والأجر المستحق للوديع فى هذه الحالة هو الأجر الذى يجرى العرف عادة بدفعه فى مثل هذه الحالة .

وقد يوجد اتفاق على أن يتقاضى الوديع أجرا وهذا الإتفاق قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا مستفادا من ظروف التعاقد . وقد يتناول العقد تحديد هذا الأجر صراحة ، فيلتزم به المودع . وقد لا يحدد العقد شيئا فيتعين الرجوع إلى العرف لتحديد الأجر، فينظر فيما يحصل عليه وديع مماثل فى مثل هذا الشيء حسب عرف البلد . ومتى تحدد الأجر فى العقد، فلايجوز زيادته ، أو نقصانه ، إلا أنه إذا كان أجر الإيداع محددا بمبلغ معين عن كل مدة أو بمبلغ اجمالى عن المدة كلها ، فإن المودع عنده لا يحصل من الأجر إلا على مايوازى المدة التى قام خلالها بحفظ الوديعة ، وكذلك إذا انقضى عقد الوديعة قبل الأجل المحدد له لم يستحق المودع عنده الأجر المتفق عليه إلا بنسبة الوقت الذى بقى الشيء خلاله فى حفظه ما لم يتفق على غير ذلك. وأما إذا لم يكن مالوفا عرفا ايداع مثل هذا الشيء، فإن القاضى يجتهد فى تحديد الأجرة ان وجد إتفاق عليها . فإن لم يوجد إتفاق ، إعتبر الوديعة بلا أجر.

وإذا لم يوجد إتفاق على وقت أداء الأجر وكان الأجر محددا عن كل وحدة زمنية (كل سنة أو كل شهر مثلا) ، فيجب أداء الأجر في هذه المواعيد، والا فإن الأجر يستحق عند طلب رد الشيء المودع . وقد تقدم ان حق الحبس مقرر للمودع حتى يستوفى اجره . ولا تضامن بين المودعين أن تعددوا في أداء الأجر بل يلتزم ، كل منهم تجاه المودع عنده بنسبة مصلحته في الوديعة مالم يشترط غير ذلك.

وأخيرا إذا كان هلاك الشيء بفعل المودع عنده وتعديه، فإن المودع لايتحلل من الإلتزام بدفع الأجر فحسب، بل ويحق له ان يطالب المودع عنده بقيمة الشيء ، وبتعويض الأضرار التى إصابته بسبب تعدى المودع عنده.

المطلب الثانى

التزام المودع بالمصروفات

تنص المادة ٧٢٥ مدنى على أن : " على المودع أن يرد الى المودع عنده ماأنفقه فى حفظ الشيء وعليه أن يعوضه عن كل مالحقه من خسارة بسبب الوديعة " .

يلتزم المودع نحو المودع عنده بمصروفات حفظ وصيانة الشيء المودع . فإذا كان سيارة واجرى من حين لآخر تشحيمها وتغيير زيوتها فهذه مصروفات ضرورية لحفظ السيارة يجب عليه أن يردها للمودع عنده.

وإذا تعدد المودعون لم يكونوا تضامنين أمام المودع عنده فى المسئولية عن رد هذه المبالغ اليه ، ومع ذلك يجوز أن ينص فى العقد على ما يخالف هذه القاعدة أى على أن يكون المودعون متضامنين .

المطلب الثالث

التزام المودع بالتعويض

قد يصاب المودع عنده بضرر من جراء الوديعة ، كما لو كانت دابة مريضة، فسرت العدوى منها الى دوابه . والأصل أن المودع يجب أن يخبر المودع عنده بذلك ليتخذ الإحتياطات اللازمة، فإذا لم يفعل كان مخطئا، وحتى إذا لم يكن المودع يعلم بالمخاطر التى يتضمنها الشىء المودع فإنه يسأل عن الأضرار التى تصيب المودع عنده بسببه، وإذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين فى التعويض، وإنما يلتزم كل منهم بنسبة ماله من مصلحة فى الوديعة كما هى القاعدة . وقد نصت المادة ٧٢٥ مدنى على هذا الإلتزام (١).

ومع ذلك لايلتزم للمودع بتعويض الأضرار التى أصابت المودع عنده فى حالتين :

الاولى : اذا كانت هذه الاضرار ناشئة عن خطأ المودع عنده .

والثانية : اذا اخطر المودع المودع عنده بالضرر الذى يتهدده ولم يتخذ مع ذلك مايلزم من الاحتياطات لدرئه (٢) .

---

(١) يقابل هذاالنص فى التقنين الفرنسى المادة ١٩٤٧ ويطابق النص المصرى نص المادة ٦٩١ من التقنين المدنى السورى والمادة ٧٢٥ من التقنين الليبى. أما تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فيقضى فى المادة ٧١٧ بأن : " على المودع – ان يعوضه من الخسائر التى اصابته بسبب الايداع" وأما التقنين المدنى العراقى فقد نص على هذا الإلتزام فى المادة ٩٦٧ وهى تجرى بما يلى: "١– إذا استحقت الوديعة وضمنها الوديع فله الرجوع بما ضمنه على صاحبها ٢–وعلى المودع بوجه عام أن يعوض الوديع عن ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة اذا كانت هذه الخسارة ناجمة عن فعل المودع".

(٢) هاتان الحالتان نص عليهما الفصل ٨١٤ من تقنين الالتزامات المغربى ولامقابل له فى القانون المصرى والقوانين العربية الاخرى غير ان حكمه يتفق مع القواعد العامه فيها فيمكن العمل به دون نص خاص .

الفصل الرابع

طرق إنتهاء الوديعة

تنتهى الوديعة برد الشىء المودَع الى المودِع ، أى بوفاء المودع عنده بالتزامه بالرد. وتنتهى كذلك بهلاك الشىء المودع بقوة قاهرة أو حادث فجائى لايرجع الى خطا من المودع عنده أو من احد تابعيه .

كذلك تنتهى الوديعة بإنقضاء الأجل المتفق عليه سواء كان الإتفاق عليه صراحة أو ضمنا.

وتنتهى الوديعة بموت المودع عنده، لأن الوديعة تقوم على الإعتبار الشخصى ومع ذلك يجوز أن يتفق الطرفان على أن تستمر الوديعة مع ورثة المودع عنده، اما موت المودع فيترتب عليه أن يكون للورثة، الحق فى استرداد الشىء المودع فى أى وقت إلا إذا كان هناك أجل مقرر لمصلحة المودع عنده.

وتنتهى الوديعة اخيرا برجوع المودع أو المودع عنده قبل إنقضاء الأجل طبقا لما سبق شرحه فى التزام المودع عنده برد الشىء المودع.

ولا يتملك المودع عنده الشىء بالتقادم المكسب لأن يده عليه عارضة وحيازته تفتقر الى العنصر المعنوى . فهى تستند الى العنصر المادى وحده اى الى مجرد السيطرة المادية على الشىء .

الباب الثانى

عقد الحراسة

تنشأ الحاجة إلى وضع الشىء تحت الحراسة عندما يكون هناك نزاع عليه ، فيدعى ملكيته أو حقا عليه شخصان أو أكثر. وتكون مهمة الحارس هى الإحتفاظ بالشىء والمحافظة عليه وإدارته الى أن يتم حسم النزاع حوله (١) ، فيسلم الشىء إلى من ثبت له الحق عليه ، وقد يكون سبب الحراسة هو توقيع حجز على الشىء فيحتاج الأمر الى إقامة حارس عليه الى أن تنتهى اجراءات التنفيذ، وتوضع الحراسة على شىء واحد أو على مجموع من المال كالمحل التجارى.

والحراسة قد تكون بإتفاق المتنازعين ، وقد تكون حراسة قضائية أى بحكم من المحكمة (٢) .

والذى يعنينا فى هذا الموضع هو الحراسة الإتفاقية، أما الحراسة القضائية فندعها لمؤلفات قانون المرافعات، ونكتفى بأن نشير الى أن هناك حالات يقضى فيها قانون المرافعات بجواز تعيين حارس على الشىء .

ولشرح الحراسة الإتفاقية نقسم هذا الباب الى اربعة فصول:

الفصل الأول : أركان الحراسة الاتفاقية.
الفصل الثانى : تمييز الحراسة الإتفاقية عن غيرها.
الفصل الثالث : آثار الحراسة الإتفاقية.
الفصل الرابع : إنقضاء الحراسة الإتفاقية.

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه: ج١١- فقرة ١١٨٢- ص ٥٣٣.
(٢) هناك حراسة ادارية تفرضها السلطة التنفيذية على أموال الأعداء وقت الحرب او فى ظروف مماثلة ، وهذه يعنى بها القانون العام فلا نعرض لها هنا.

الفصل الأول

أركان الحراسة الاتفاقية

تنص المادة ٧٢٩ مدنى على أن " الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه الى شخص آخر بمنقول او عقار او مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع او يكون الحق فيه غير ثابت فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضه الى من يثبت له الحق فيه".

أركان الحراسة الاتفاقية هى نفس الأركان العامة فى العقود التراضى والمحل والسبب.

أولا : التراضى :

تنشأ الحراسة من وجود نزاع بين شخصين أو بين عدة أشخاص، ورغم تنازعهم فإنهم يتفقون على ألا يحوز الشىء أحد منهم ، وأن يعهدوا به الى شخص من الغير هو الحارس. فمنشأ الحراسة أمران : نزاع وإتفاق: نزاع على شىء، وإتفاق بين المتنازعين على تسليمه لحارس . فعقد الحراسة إذن إتفاق بين جانبين: الخصوم المتنازعون وهم جانب واحد فى العقد. والحارس هو الجانب الآخر. فإذا قبل الحارس المهمة المسندة إليه تم العقد . ويمكن أيضا تحليل الحراسة الى عقدين عقد يتم بين الأطراف المتنازعين على الحراسة وعلى تعيين حارس، ثم إتفاق آخر مع الحارس بإيجاب وقبول منهم ومنه . وفائدة هذا التحليل أنه إذا اتفق الأطراف على الحراسة وإختلفوا على شخص الحارس الذى يتولاها، كانت الحراسة إتفاقية وتقوم المحكمة بتعيين الحارس (١) ويمكن أن ترد الحراسة الإتفاقية على العقار والمنقول على السواء.

ويمكن أن يقع الإتفاق على الحراسة قبل بدء النزاع أو بعده . فقد يتفق الأطراف على أنه إذا وقع حادث معين وضع الشىء تحت الحراسة ، كما لو

---

(١) السنهورى: ج ٧ – ص ٧٩٠ – هامش رقم ٣.

اتفق على أنه لو أساء المنتفع الإنتفاع ، أو عرض المستعير الشيء للتلف فإن المالك يكون له أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة. وهنا يقوم القاضى بتعيين الحارس، وتكون الحراسة مع ذلك إتفاقية. وقد يقع النزاع أولا ، ثم يتفق الأطراف على طرح النزاع على القضاء أو على إختيار طريق التحكيم، وريثما يتم الفصل فى النزاع يعهدون إلى شخص آخر بحيازة الشيء بصفته حارسا.

ويمكن أن يكون الحارس شخصا طبيعيا او معنويا، كما لو إتفق مع شركة لديها مخازن عمومية على أن يبقى الشيء مودعا لديها لا بصفتها مجرد وديع ولكن بصفتها حارسا على الشيء.

والاتفاق على وضع الشيء تحت الحراسة يجب ان تكون إرادة الأطراف فيه خالية من عيوب الرضا (١) وأن تتوافر فيهم أهلية الإدارة . فإذا كان بين المتنازعين ناقص الأهلية وكان مأذونا فى الإدارة صح منه الاتفاق على الحراسة.

ثانيا : المحل :

ترد الحراسة كما ذكرنا على شيء متنازع فيه . وهذا الشيء قد يكون شيئا ماديا، وقد يكون حقا معنويا يتجسد فى سند يمكن تسليمه للحارس . فالشيء محل الحراسة لا يختلف عن الشيء الذى ترد عليه الوديعة . فلا يجوز إيداع شيء مسروق أو شيء لا يجوز التعامل فيه قانونا كالمخدرات والأسلحة الممنوعة حيازتها . ولكن إذا كان محل النزاع مالا من الأموال العامة يدعى فرد ملكيته إدعاء جديا، جاز وضعه تحت الحراسة القضائية الى حين الفصل فى النزاع حول موضوع الملكية . ولايجوز وضع الحراسة على أشياء مخالفة للأداب العامة.

---

(١) ويجب أن يتفق جميع الأطراف المتنازعين على الحراسة، فإذا قام احدهم بإيداع الشيء لدى الحارس، فإن ذلك لاينشيء الا عقد وديعة، ويكون الشيء واجب الرد الى المودع لاالى من يثبت له الحق فيه عند حسم النزاع.

وهناك عنصر ثان يشمله الإتفاق على الحراسة وهو أجر الحارس . فالحراسة تكون مأجورة اذا نص العقد على ذلك، وإذا لم ينص الإتفاق على اجر الحارس فمعنى ذلك انها عقدت بالمجان وإذا عرض الطرفان للأجر فقررا استحقاق الحارس إياه ، ولم يحددا قدره ، تولت المحكمة هذا التحديد ، وإذا قدره القاضى فإنه يراعى فى ذلك شخصا فى مثل خبرته ويراعى الجهد الذى بذله الحارس والأضرار التى تكون قد لحقت به . واجر الحارس يكون عادة نقديا. ولكن لايوجد ما يمنع قانونا من أن يكون الأجر تقدمه أخرى غير النقود متى قبل الحارس ذلك عند التعاقد. وسنزيد موضوع الأجر إيضاحا عند الكلام فى آثار الحراسة.

ثالثا : السبب :

يجب أن يكون السبب فى عقد الحراسة مشروعا ، فإذا كان السبب هو الرغبة فى إخفاء الشىء عن مالكه الحقيقى ، كان سببا غير مشروع.

فإذا كان عقد الحراسة باطلا لعدم مشروعية محله أو سببه مثلا فإن الحارس لايستحق أجرا بأعتبار الذى نص عليه العقد ، فالعقد باطل وانما يستحق أجرا على أساس قواعد الأثراء بلاسبب.

الفصل الثانى

تمييز الحراسة عن غيرها

أبرز ما يختلط بالحراسة هو الوديعة. فالحراسة فى حقيقتها صورة متميزة من الوديعة. فالحارس يلتزم بحفظ الشىء ، ويلتزم برده فى النهاية، وهذه هى نفسها إلتزامات المودع عنده . ولكن تختلف مع ذلك الحراسة عن الوديعة من عدة نواح منها :

١- الأصل فى الوديعة أن تكون بلا أجر ويجوز أن يتفق على الأجر ، اما الحراسة فالأصل فيها أن تكون بأجر ويجوز الإتفاق على أن تكون بالمجان.

٢- لايلتزم الوديع بإدارة الشىء . أما الحارس فيلتزم بذلك.

٣- يلتزم الوديع برد الشىء الى المودع، أما الحارس فيلتزم برده الى من يثبت له الحق فيه عندما يتم حسم النزاع.

وتختلف الحراسة عن إدارة المال الشائع . فمدير المال الشائع " مهمته إدارةالمال الشائع ويأتى حفظه تبعا لذلك، أما الحارس فمهمته الأصلية حفظ المال وتأتى إدارته تبعا لذلك . فسلطة المدير أوسع من سلطة الحارس"(١).

وتختلف الحراسة عن وظيفة المصفى والسنديك ، فالمصفى والسنديك يدير الأموال ويستوفى الحقوق ويوفى الديون ، أما الحارس فيدير للمال فقط. وتختلف الحراسة عن الوكالة فى أن الوكيل يلتزم بالادارة، والحفظ تابع لهذا الإلتزام، أما الحارس فهو يلتزم بالحفظ والإدارة تتبع ذلك كما قلنا ومع ذلك فسنرى أن المشرع قد طبق على الحراسة بعض أحكام عقد الوكالة.

وتختلف الحراسة هنا عن الحراسة فى موضوع المسئولية التقصيرية .

---

(١) السنهورى: ج ٧- فقرة ٤١٠- ص ٨٠٩.

فالحراسة هنا تقوم على وديعة ، أما الحراسة هناك فهى نظام قانونى لايرتبط بالمسئولية العقدية وهو يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز فيه مثلا الإتفاق مقدما على الإعفاء من المسئولية.

الفصل الثالث

آثار الحراسة الإتفاقية

ترتب الحراسة الإتفاقية إلتزامات على عاتق الحارس هي : حفظ الشيء وإدارته وتقديم حساب عنه ورده إلى من يثبت له الحق فيه.

وهناك التزامات أخرى تقع على عاتق من يتسلم الشيء في النهاية وهي : الإلتزام بالمصروفات وأداء أجر الحارس . ولكن الطرف الذي يتسلم الشيء لايكون معينا إلا عند حسم النزاع ، ولذلك يجري الفقه على الكلام عن هذه الإلتزامات من ناحية كونها حقوقا للحارس .

وعلى ذلك نتحدث في مبحثين على التعاقب على إلتزامات الحارس وحقوقه.

المبحث الأول

التزامات الحارس

سوف نتناول التزامات الحارس في المطالب التالية:

المطلب الأول : الإلتزام بالحفظ.
المطلب الثاني : الإلتزام بالادارة.
المطلب الثالث : الإلتزام بتقديم حساب.
المطلب الرابع : الإلتزام بالرد.

ويلاحظ أن أحكام الحراسة مستمدة في أغلبها من الوديعة والوكالة . وقد نصت المادة ٧٣٣ مدني أن " يحدد الإتفاق أوالحكم القاضي بالحراسة ما على

الحارس من إلتزامات وماله من حقوق وسلطة وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتيه".

المطلب الأول

الإلتزام بالحفظ

نص قانونى : تنص المادة ٧٣٤ مدنى على أن: "١- يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة اليه حراستها وبإدارة هذه الأموال ويجب أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد .

"٢- ولايجوز له بطريق مباشر أوغير مباشر أن يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن دون رضاء الآخرين".

يبدأ إلتزام الحارس بالحفظ من وقت تسلمه الشىء ، حيث يبدأ بعمل جرد للمال المسلم إليه ، أو يقوم بمراجعة الجرد المعد قبل التسليم.

ومتى تسلم الحارس الشىء أصبح مسئولا عن حفظه. والحفظ هنا- كما فى الوديعة- إلتزام ببذل عناية فيسأل بمعيار موضوعى هو معيار الرجل العادى فيضمن هلاك الشىء أو تلفه أو وقوع الضرر به منه إذا قصر فى حفظه.

ويقتضى حفظ الشىء من الحارس صيانته من الضياع فى مكان آمن، واليقظة الى الأضرار التى يمكن أن تلحقه وإتخاذ الإجراءات التى يجب إتخاذها من حين لآخر فى شأنه ، فإذا كانت أسهما أو سندات كان عليه أن يقوم بتحصيل قيمة القسائم (الكوبونات) دوريا، ويكون مسئولا عما يسقط منها بالتقادم، وأن يطالب بقيمة إستهلاكها، وتنتقل الحراسة إلى المبلغ النقدى، ويجوز له أن يودع

المبلغ خزينة المحكمة لحساب من يثبت له الحق فيه . وللخصوم ان يطلبوا ذلك. وعليه أن يقطع تقادم الحقوق. وهكذا.

وتبرأ ذمة الحارس من الإلتزام بالحفظ اذا بذل القدر من العناية الذى بيناه. وبهذا القدر يعفى من المسئولية (١) ، ولاعليه بعد ذلك أن يهلك الشىء بقوة قاهرة أو حادث فجائى أو بفعل الغير، فهلاكه يكون على مالكه وهو من سوف يثبت له الحق فيه عند حسم النزاع . ولكن إذا كان من ثبت له الحق فى الشىء قد أعذر الحارس بتسليم الشى فلم يسلمه وماطل فى التسليم بلا مبرر فإنه يضمن الهلاك بالقوة القاهرة، وكذلك يكون الحارس ضامنا للقوة القاهرة إذا تسببت بفعله أو بخطأ من شخص يسأل هو عنه . وقد يكون الحارس هو نفسه أحد الخصوم ارتضاه الباقون أو عينته المحكمة حارسا، وهنا يضمن هلاك الشىء بقوة قاهرة، حتى ولو ثبتت الملكية فيما بعد لغيره، والسبب فى ذلك أنه يحتفظ بالشىء (من وجهة نظره) متشبثا بملكيته فكان منطقيا أن يهلك عليه.

المطلب الثانى

الإلتزام بالادارة

يتميز الحارس عن الوديع بأنه لايقتصر على حفظ الشىء، وإنما يقوم أيضا بإدارته. والإلتزام بإدارة الشىء المحروس التزام ببذل عناية والعناية المطلوبة فيه هى عناية الرجل العادى، فهذا الإلتزام يقدر الخروج عليه بمعيار موضوعى.

---

(١) ولايجوز للحارس أن يعهد الى أحد من الخصوم بحفظ الشىء سواء بعقد وديعة او بعقد حراسة او غير ذلك، الا إذا قبل الخصوم الأخرون ذلك (المادة ٧٣٤ مدنى مصرى)- وانظر السنهورى: ج ٧ - فقرة ٤٥٩- ص ٩٢٥.

ويقتضى الإلتزام بالادارة من الحارس القيام بأعمال الإدارة العادية للشيء. فإذا كان الشيء مما يمكن تأجيره قام بإبرام عقود الإيجار، ويتخذ هو في هذه العقود صفة المؤجر لا صفة النائب عن المؤجر. ويجب أن تكون مدة الإيجار هى الإجارة الحسنة. وإذا لم يحرر عقد الإيجار فلا يكون مبرما لمدة غير معينة فهذا يجاوز سلطة الحارس قانونا . وينطبق على الإيجار الصادر منه الإمتداد القانونى . وإذا وافق الخصوم أو وافقت المحكمة على التأجير لمدة تزيد على الإجارة الحسنة جاز ذلك للحارس ، ويستوى أن تكون الموافقة سابقة أو لاحقة على التأجير . ويحسن أن يقوم الحارس بالتأجير عن طريق المزاد العلنى أو عن طريق الإعلان عن التأجير حتى يحصل على أحسن أجرة ممكنة، وحتى يدفع الشبهات حول قيامه بالتأجير لشخص معين. ويحق للحارس أن يتقاضى الأجرة ، وأن يعطى مخالصة عنها، وأن يرفع الدعاوى للمطالبة بها ودعاوى الطرد والإخلاء وأن يوقع الحجز على منقولات المستأجر، وعلى الحارس أن يسدد الإلتزامات المتعلقة بالشيء مثل الضرائب وقيمة إستهلاك الماء والضوء التى تقع على المالك، ويدفع هذه المبالغ من الريع والإيراد الذى يدره الشيء . ويمكنه الإستعانة بعمال أو موظفين فى أعمال الإدارة إذا إقتضى الحال ذلك وكان إيراد الشيء يسمح به بشكل معقول . وللحارس أن يبرم عقود التأمين من السطو أو الحريق أو من الأخطار التى تهدد الشيء عادة (١) .

وإذا تراءى للحارس أن يقوم بالادارة عن طريق إستغلال الشيء بنفسه جاز ذلك، فيمكنه أن يأتى بعمال لزراعة الأرض، ويبرم معهم عقود العمل ويدفع لهم الأجر، ويشترى البذور والسماد والحيوانات اللازمة للزراعة . ويبيع المحصول ويسدد الضرائب.

ولكن ليس للحارس أن يقوم بأعمال التصرف كما تقدم فلا يجوز له أن يبيع الأرض المحروسة ولكن يجوز أن يبيع محصولها ، لأن هذا البيع يدخل بالتبعية فى أعمال الإدارة . ولا يجوز له أن يتصالح على النزول عن جزء من الأجرة ، ولا يجوز له أن يرهن الشيء أو يقرضه ، أو يعيره بلا مقابل، ولا يجوز له أن يؤجر الشيء إيجارا طويل الأمد .

(١) السنهورى: ج ٧ - فقرة ٤٦٢- ص ٩٢٩- ص ٩٣٤.

ورغم ذلك إذا أذن الخصوم للحارس فى التصرف أو أذنته المحكمة فيه صح التصرف منه. وإذا كان الشىء يتعرض للتلف او للتعيب فللقاضى أن يأذن فى بيعه . وكذلك الشىء الذى يحتمل أن ينقص ثمنه نقصا كبيرا، أو يكلف حفظه نفقات كبيرة(١) وقد نصت المادة ٧٣٥ مدنى على أنه " لايجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء".

وليس للحارس أن يكلف أحدا من الخصوم بإدارة الشىء، ولا أن يكلف بذلك أحدا من الغير إلا إذا وافق الخصوم على ذلك أو اذنت فيه المحكمة . ومع ذلك يتصور الاستعانة بأحد الخصوم فى الإدارة، كما لو كان الشىء آلة لايعرف طريقة تشغيلها إلا أحد الخصوم ، فيمكن الإستعانة به فى ذلك.

المطلب الثالث

الإلتزام بتقديم حساب

تنص المادة ٧٣٧ على أن :" ١- يلتزم الحارس بإتخاذ دفاتر حساب منظمة ويجوز للقاضى الزامه بإتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة.

"٢- ويلتزم ان يقدم لذوى الشأن كل سنة على الأكثر حسابا بما تسلمه وبما انفقه معززا بما يثبت ذلك من مستندات وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب قلم كتابها".

لما كان الحارس ملتزما بالادارة كما يلتزم بها الوكيل ، فقد اوجب عليه المشرع أن يقوم بتقديم حساب عن إدارته، وان يدعم هذا الحساب بالمستندات التى تثبت صحته.

---

(١) السنهورى: ج ٧ - فقرة ٤٦٣- ص ٩٣٥.

ويكون الحساب مكونا من جانبين: جانب للأصول وجانب للخصوم. ويدرج فى هذا الحساب كل الإيرادات التى جناها الحارس، وكل المصروفات التى انفقها سواء فى حفظ الشىء أو فى سبيل إستغلاله أو فى التأمين عليه أو غير ذلك، ويدرج فيه أيضا الأجر المستحق له سواء كان متفقا عليه مع الخصوم او عينته له المحكمة . ويدرج امام كل عنصر من هذه العناصر قيمته نقدا . ثم يجمع جانب الأصول وجانب الخصوم ، ويكون الفرق بينهما هو المبلغ المستحق للحارس أو عليه.

المطلب الرابع

الإلتزام بالرد

تنص المادة ٧٣٨ مدنى على أن : " ١- تنتهى الحراسة بإتفاق ذوى الشأن جميعا او بحكم القضاء.

" ٢- وعلى الحارس حينئذ أن يبادر الى رد الشىء المعهود اليه حراسته الى من يختاره ذوو الشأن أو يعينه القاضى".

قد تنتهى الحراسة بحسم النزاع لصالح أحد الخصوم فيلتزم الحارس برد الشىء إلى من قضى لصالحه . وقد تنتهى بعزل الحارس أو تنحيه عن الحراسة فيعين حارس آخر مكانه ويلتزم الحارس الأول بأن يرد الشىء الى الحارس الجديد.

وعلى الحارس أن يرد الشىء فورا الى من أصبح له الحق فى تسلمه حارسا او خصما، والتزامه فى هذاهو التزام بنتيجة أو بتحقيق غاية. فلا يبرأ منه أن يثبت أنه بذل العناية لكى يتم الرد ، بل لابد أن يتحقق ذلك فعلا أو أن يثبت السبب الأجنبى الذى حال بينه وبين الرد فإذا أخفق فى إثبات السبب الأجنبى إلتزم بقيمة الشىء وقت الرد.

ولما كانت الحراسة المأجورة عقدا ملزما للجانبين، والحارس يكون من حقه ان يدفع بعدم تنفيذ إلتزامه بالرد حتى يستوفى صافى الحساب المستحق له ، وهذا يساوى تماما ممارسة الحبس على الشىء لحين إستيفاء ما يستحق للحارس.

كذلك يكون للحارس المتبرع أن يدفع بعدم التنفيذ إستيفاء لما انفقه على الشىء من مصروفات.

المبحث الثانى

حقوق الحارس

إن الحارس له حق فى الأجر فالمادة ٧٣٦ مدنى تقضى بأن " للحارس أن يتقاضى أجرا مالم يكن قد نزل عنه " وله الحق فى إقتضاء المصروفات التى أنفقها والتعويض عن الأضرار التى تصيبه . ونقدم حقوق الحارس فى المطلبين التاليين .

المطلب الأول

الأجـــر

الأصل فى الحراسة أن تكون بأجر (١) . فإذا لم ينص الإتفاق على أجر للحارس ولم يجر العرف على منحه اجرا كانت الحراسة مجانية . وإذا عرض الأطراف للأجر وقرروا أن الحارس يستحق أجرا ولم يحددوا مقداره تولى القاضى تعيين مقداره، مراعيا فى ذلك مدى كفاءة الحارس وخبرته ، وقدر

---

(١) السنهورى: ج٧ – فقرة ٤٧٣– ص ٩٤٨.

المسئوليات الملقاه على عاتقه، وأهمية العمل الذى يؤديه والنتائج التى حققها بإدارته والجهد الذى بذله (١) .

ويرجع الحارس بالأجر على من يثبت له الحق فى الشىء، ولكن إذا انتهت حراسته قبل ذلك أو كان الأجر يستحق على فترات دورية، فإن الحارس يرجع على طالب الحراسة بالاجر. فإن لم يوجد طالب للحراسة وإنما عهد الأطراف جميعا الى الحارس بهذه المهمة كان للحارس أن يرجع عليهم جميعا بنسبة ما لكل منهم من فائدة فى الوديعة، ولكن إذا تعذر تعيين هذه النسبة فإنه لامناص من تقسيم الأجر عليهم بالتساوى وإذا كان الشىء يدر ربحا او ريعا كان للحارس أن يقتضى اجره من الربح او الريع.

وإذا أدى الأجر أحد الخصوم وقضى فى النهاية لصالح خصم آخر ، كان لمن دفع الأجر أن يرجع بما دفعه على الخصم الذى ثبت له الحق فى الشىء .

المطلب الثانى

المصروفات والتعويض

يقضى القانون بأن الحارس يحق له إسترداد المصروفات التى سبقها، سواء كانت مصروفات ضرورية أو نافعة . فيحق له إسترداد المصروفات التى أنفقها على حفظ الشىء أو على إدارته أو ترميمه او إصلاحه لكى يتسنى الإنتفاع به، ويحق له أن يسترد مصروفات زراعة الأرض مثل قيمة البذور وآلات الزراعة والاسمدة والحيوانات والمبيدات الحشرية واجور العمال الزراعيين وغير ذلك.

---

(١) السنهورى: ج ٧ – فقرة ٤٧٤– ص ٩٤٩.

أما المصروفات الكمالية والتحسينات فليس له استرداد ما أنفقه منها إلا إذا كان مأذونا فى ذلك من الخصوم او من القاضى فإذا لم يتوافر هذا الإذن لم يكن له الرجوع الا طبقا لقواعد الإثراء بلاسبب.

ويحق للحارس كذلك أن يطالب بتعويض عن الأضرار التى أصابته بسبب قيامه بالحراسة ، وذلك بشرط ألا تكون تلك الأضرار حاصلة بخطأ منه أو بخطأ أشخاص تابعين له.

ويطالب الحارس طالب الحراسة بالمصروفات والتعويض، او يخصمها من ريع الشىء او يقيدها فى الحساب الذى سيقدمه فى النهاية ، فإذا لم يوجد ريع ولا طالب للحراسة، وإنما عهد اليه الخصوم كلهم بالشىء، فإنه يطالبهم بنسبة ما لكل منهم من فائدة فى الوديعة . فإن تعذر تحديد هذه النسبة قضى عليهم بأدائها بالتساوى.

وللحارس الحق فى أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بالرد حتى يؤدى اليه من ثبت له الحق فى الشىء قيمة الأجر والمصروفات والتعويض.

الفصل الرابع

إنتهاء الحراسة

تنتهى الحراسة بحسم النزاع أو قبل حسم النزاع فقد تنتهى الحراسة بحسم النزاع لصالح أحد المتنازعين . وهنا تنتهى مهمة الحارس ، ويتعين على الحارس أن يسلم الشيء إلى من حكم لصالحه . وقد ينتهى الخصوم الى التسليم لواحد منهم بحقه أو إلى تسليم الشيء إلى من عينوه . ولكن يجب ان يكون هذا القرار جماعيا ، فإن كان هناك من الخصوم من يعارض فى الصلح أولا يقر بحق من اقر له الباقون ، فإن الحارس يتعين عليه الإستمرار فى مهمته.

وقد تنتهى الحراسة قبل حسم النزاع . ويكون ذلك بإتفاق الخصوم إذ هم الذين عينوا الحارس وهم يملكون عزله، ولو كان معينا بحكم قضائى ، لأن حكم تعيين الحارس مؤقت لمنع النزاع بينهم ، فإذا اتفقوا على حل لم تمنع حجية الحكم من إنفاذ اتفاقهم ، لأن الحكم بطبييعته حكم مؤقت.

الباب الثالث

عقد الوكالة

تنص المادة ٦٩٩ مدنى على أن " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل أن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل "(١) .

فالوكالة تتميز أساسا بأن محلها هو القيام بعمل قانونى أى بتصرف من التصرفات القانونية . وهذا هو ما يميز بينها وبين المقاولة والعمل حيث يكون محلها عملا ماديا . وقد يقوم شخص لحساب أخر بأعمال قانونية وأعمال مادية فى نفس الوقت ، وهنا يمكن أن تنطبق أحكام الوكالة على التصرف القانونى وأحكام المقاولة أو العمل أو الإيجار أو الوديعة أو غير ذلك على العمل المادى ، طالما أنه لايوجد تعارض بين هذه الأحكام، فإذا وجد تعارض بينها، أعملنا القاعدة المتعلقة بالنظام العام من بينها وتركنا سائرها(٢) فإذا كانت كلها متعلقة بالنظام العام أو كانت كلها غير متعلقة بالنظام العام ، فإننا نرجح بين جوانب العقد المختلفة ، فإذا كان التصرف القانونى هو الغالب وهو الأصل والعمل المادى تابع طبقت الوكالة على العقد كله، وإن كان العكس طبقنا أحكام العقد الأخر.

والأصل إجراء الوكالة لصالح الموكل ، ولكن يجوز أن تجرى الوكالة لصالح الوكيل، ويستدل على كونها لصالح الوكيل من الإتفاق على أن تكون وكالة غير قابلة للإلغاء . ويمكن أن تبرم الوكالة لصالح الموكل والغير أو لصالح الغير وحده، وينص فيها عادة فى هذه الحالة على إنها لا تقبل الإلغاء الا بموافقة هذا الغير.

---

(١) هذه المادة تقابل المادة ١٩٣٤ مدنى فرنسى والمادة ١٧٠٩ مدنى اسبانى والمادة ١٧٣٧مدنى ايطالى ، ومن المجلة المادتين ١٤٤٩، ١٤٥٩- ومن مرشد الحيران المادة ٩١٥، وانظر: الدر المختار ٤-٥٥٣ وابن نجيم ٢-٧ والتاودى ١-٢٠٣. وانظر أيضا Digeste,XVII, 2 pr. 51,6 .

(٢) السنهورى : ج ٧ - فقرة ٢٠٩ - ص ٣٧٦.

والأصل أن تكون الوكالة تبرعية ، فلا يحصل الوكيل على أجر، فإذا لم يتفق على أجر فلا أجر للوكيل . ولكن يكون له رغم ذلك أجر فى حالات معينة هى:

١- إذا كان موضوع الوكالة يدخل فى مهنة الوكيل أو حرفته.
٢- إذا كان موضوع الوكالة عملا تجاريا يجرى بين تجار.
٣- إذا جرى العرف على إعطائه أجرا.

ولشرح أحكام الوكالة نقسم هذا الباب الى الفصول التالية:

الفصل الأول : أركان الوكالة.
الفصل الثانى : آثار الوكالة.
الفصل الثالث : إنتهاء الوكالة.
الفصل الرابع : وكالة المحامى عن المتقاضين .

الفصل الأول

أركان الوكالة

الوكالة عقد من العقود الرضائية، فلا يلزم فى إنعقادها شكل معين ولا تسليم شىء معين. فأركانها هى الأركان العامة المعروفة : الرضى والاهلية والمحل والسبب.

اولا : التراضى :

تتم الوكالة بتراضى الطرفين .

ويسوغ أن يكون رضى الموكل صريحا أو ضمنيا مع إستثناء الحالات التى يتطلب القانون فيها شكلا معينا.

كما أنه يسوغ أن يأتى قبول الوكيل ضمنيا، وأن يستنتج من تنفيذه ما وكل فيه مع استثناء الحالات التى يتطلب القانون فيها قبولا صريحا.

وتنعقد الوكالة بإيجاب وقبول، وقد يصدر الإيجاب من الموكل وهذا هو الغالب، وقد يصدر من الوكيل كما لو عرض محام على متقاض أن يترافع عنه فقبل.

ويجوز أن يكون القبول فى الوكالة ضمنيا سواء كان هذا القبول صادرا من الموكل أو من الوكيل (١) ولا يصلح القبول الضمنى فى الحالات التى

(١) السنهورى - ج ٧ - فقرة ٢٢١ - ص ٣٩٤ وهو مقرر كذلك فى القانون الفرنسى(بلانيول ورييير وسافاتييه: ج ١١- فقرة ١٤٥٤ - ص٨٨٦)، ومع ذلك يرى البعض (جوسران ج ٢ - فقرة ١٤٠٦ - ص ٧٦٦) أن رضى الوكيل قد يكون ضمنيا اما رضى الموكل فلا يكون الا صريحا وانظر ايضا المادتين ١٩٨٤ و ١٩٨٥ مدنى فرنسى والمادة ١٧٣٨ مدنى ايطالى والمادتان ٣٩٤ و ٣٩٥ التزامات سويسرى ، والمادتان ١٤٥١، ١٤٥٢ من المجله والمادة ٩٢٠ من مرشد الحيران. وانظر أيضا: خليل ٤-٢٢٢، الزرقانى ٥-١٩، التاودى ١-٢٢١-و ٢٢٢ وابن نجيم ١-٨٥و ٢- ٤٣، الحموى ٢-١٨.
وانظر ايضا:

Digeste XVII, 1,632, 18,54
Code IV, 35,6.

يشترط المشرع فيها شكلا معينا للوكالة رسميا أو عرفيا، وفى حالة اشتراط القبول الصريح.

ويعتبر قبولا ضمنيا أن يقوم الوكيل بتنفيذ الوكالة دون أن يفصح عن قبوله اياها.

وإذا تمت الوكالة بالمراسلة فهى تنعقد فى المكان الذى يتصل فيه القبول بعلم من وجه اليه.

وهناك مسائل ثلاث تحتاج فى موضوع الرضا الى شىء من التفصيل ، وهى : التوكيل على بياض، والوكالة الضمنية، وعيوب الإرادة، ونقدم كلا منها فى فقرة مما يلى :

التوكيل على بياض : يمكن أن يحرر الموكل الوكالة ويوقعها ويسلمها للوكيل، فلا يقوم هذا بتوقيعها وإنما يقوم بموضوع الوكالة فيكون قبوله الوكالة حاصلا بتنفيذها وهو نوع من القبول الضمنى . وقد لايقوم الموكل بتحديد شخص الوكيل وإنما يحرر الوكالة ويوقعها تاركا بياضا يحرر فيه إسم الوكيل فيما بعد، فتسمى وكالة على بياض . وهذه تقع عادة فى حالات يكون الموكل فيها غير معنى بشخص من يمثله اى يستوى عنده أن يقوم اى شخص بهذا العمل، كما لو كان شخص ينيب عنه مساهما آخر حضور الجمعية العمومية للشركة ، فيحرر الوكالة تاركا مكان أسم المساهم الذى يمثله على بياض لتملأه الشركة . ولكن الأصل أن الوكالة تقوم على الإعتبار الشخصى، فالموكل يحرص عادة على إنتقاء من يمثله . ولهذا السبب لايجوز للوكيل- كما سنرى - ان يوكل غيره.

ولذلك يمكن القول أن الوكالة على بياض وكالة لاتقوم على الإعتبار الشخصى . ويمكن أيضا القول انها تقوم على الإعتبار الشخصى اذا حللناها الى وكالتين . وكالة شفوية عندما يحرر الموكل الوكالة ويسلمها الى من يقوم بإختيار الوكيل، فمن يتسلم صك الوكالة يوكله الموكل شفويا فى أن يختار وكيلا يكتب

اسمه فى صك الوكالة، ثم تاتى الوكالة الثانية عندما يختار حامل الصك وكيلا معينا ويكتب إسمه فيه .

وتشبه الوكالة على بياض الوكالة للحامل، حيث تنتقل من يد الى يد ويقوم بتنفيذها الحامل الأخير، ويمكن إعتبارها توكيلا لمن يتسلم الصك فى أن يختار وكيلا او أن يفوض الغير فى إختيار وكيل، وقد أعتبر القضاء الفرنسى الوكالة للحامل باطلة فى حالة الوكالة بالعمولة لأحد مكاتب الأعمال وإعتبر الوكالة على بياض صحيحة .

ويمكن أن يترك الموكل نوع التصرف القانونى على بياض، ويتولى بعد ذلك الوكيل تحديد هذا التصرف ويكتبه فى التوكيل عندما يستقر رأيه عليه .

الوكالة الضمنية : قدمنا ان رضى الموكل والوكيل يجوز أن يكون ضمنيا . ومن الحالات التى تعتبر فيها الوكالة ضمنية :

١- إذا كانت مهنة الوكيل القيام بخدمات وكالة لحساب الغير وكلف بالقيام بتصرف معين، فإذا لم يرد فورا بالرفض اعتبر قابلا لهذه الوكالة . وحتى إذا رفض الوكالة فعليه رغم ذلك المحافظة على مصالح الموكل ريثما يتمكن من القيام بها بنفسه (١) . وإتخاذ الإجراءات العاجلة التى يتطلبها ذلك . فإذا ارسلت اليه بضائع قام بما يتطلبه حفظها او قام بالتصرف فيها إن كانت سريعة التلف . ومن تطبيقات هذه الفكرة أن عميلا لأحد البنوك أصابته غيبوبة وأدخل مستشفى للعلاج وليس مع أهله ما يسددون به أجر علاجه بينما له اموال طائله بالبنك وقد قبل البنك دفع نفقات العلاج كفضولى حتى يشفى المريض ويتولى شأنه بنفسه (٢) .

---

(١) إنظر المادة ٦٦٣ مدنى المانى والمادة ٣٥١ تجارى إيطالى والمادة ٨٨٥ التزامات وعقود مغربى.

(٢) هذه الحالة ذكرها لنا الزميل الأستاذ عبد المنعم حسنى من تجاربه فى العمل المصرفى .

٢- تعتبر وكالة ضمنية كذلك حالة قيام الخادم بشراء ما يلزم لمنزل سيده من احتياجات بسيطة خاصة من المواد الغذائية فهو وكيل عن سيده فى هذا . ولكن ليس للخادم أن يشترى لسيده بالأجل ، إلا إذا كان من عادة السيد أن يشترى بالأجل (١) .

٣- تعتبر وكالة ضمنية وكالة العامل عن رب العمل فى البيع وتسلم النقود من العملاء وتسليمهم البضائع، وكذا قيام الأبن القاصر بشراء حاجات المنزل، أما البالغ فليس وكيلا.

٤- تعتبر وكالة ضمنية قيام المحضر بإستلام الدين من المدين نيابة عن الدائن وإعطاء المدين مخالصة بما دفعه.

٥- تعتبر وكالة ضمنية قيام الزوجة بشراء الملابس والأدوية والمفروشات والمأكولات للمنزل، فهى وكيلة عن زوجها فى حدود ما يتفق مع موارد الزوج المالية ولا تعتبر وكيلة الزوجة الناشز أو التى تحصل على نفقة من زوجها، ولا الخليلة، ولا تكون الزوجة وكيلة إذا أبلغ زوجها أصحاب المحلات التى يشترى منها أنها ليست وكيلته (٢) .

٦- تعتبر وكالة ضمنية قيام أحد الشركاء فى الشيوع بإدارة المال الشائع وحده وسكوت الشركاء الأخرين على ذلك.

ولكن لا تعتبر وكالة ضمنية قيام المهندس المعمارى بإدارة أعمال المالك إزاء المقاول (٣) ولا يعتبر الزوج وكيلا عن الزوجة وكالة ضمنية .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه: ج ١١- فقرة ١٤٥٤- ص ٨٨٧؛ وقارن جوسران: ج ٢-فقرة ١٤٠٦- ص ٧٦٦ حيث يرى أن وكالة الزوجة عن الزوج وكالة قانونية و ليست اتفاقية، وان وكالة الخادم عن السيد وكالة صريحة لاضمنية.

(٢) السنهورى: ج ٧ - فقرة ٢٢١- ص ٣٩٧ وهامش رقم ٣ بها.

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه: ج ١١- - فقرة ١٤٥٤- ص ٨٨٩.

عيوب الإرادة : تنطبق على الوكالة الأحكام العامة فى عيـوب الإرادة مـن الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال . وللغلط والإكراه اهمية خاصة فى الوكالة:

١ – الغلط : لما كانت الوكالة تقوم على الإعتبار الشخصى، فإن الغلط فـى شخص الوكيل يؤثر على صحة العقد فيجعله قابلا للإبطـال ، ولا يلزم فـى هـذه الحالة اتصال الطرف الأخر(الوكيل) بـالغلط ، وطلـب الإبطـال كثيرا مـا يكـون أصلح للموكل من عزل الوكيل ، فقد يكون الوكيـل غير قـابل للعـزل إذا كـانت الوكالة لصالحه، وقد يكون له أجر منصوص عليه وقد يكون أبرم فعلا تصـرفات بإسـم الموكـل ولا يريـد الموكـل ان يلـتزم بهـا، لذلـك يفضـل الموكـل ان يطلـب الإبطال للغلط فى شخص الوكيل على القيام بعزل الوكيل (١) .

ب – الإكراه : قد يستغل شخص نفوذه الأدبى وشوكته لـدى شـخص آخـر فيجعله يوكله فى القيـام بتصرفـات تنتهـى إلـى الإضـرار بـالموكل . كمـا لـو قـام الزوج بالحصول على توكيل من زوجته أو قام الأب بالحصول على توكيـل مـن أبنه . وحصل من هذا الطريق على فائدة لايستحقها فإن عقد الوكالة يكـون قـابلا للإبطال (٢).

ثانيا الأهلية : يلزم لصحة الوكالة ان يكون الموكل أهلا لأن يجرى بنفسـه التصرف الذى يكون محلا لها ولا تلزم نفس الأهلية فى الوكيل ، حيث يكفى فيـه أن يكون متمتعا بالتمييز ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف فى حق نفسه ، فيسوغ للشخص أن يجـرى بإسم الغير مـا لايسـتطيع أن يجريـه بالأصالـة عـن نفسه.

ويخلص من ذلك أن الأهلية المتطلبه فى الموكـل لابـرام عقد الوكالـة هـى

---

(١) السنهورى: ج ٧ – فقرة ٢٣٠ – ص ٤٢٠

(٢) السنهورى : ج ٧ – فقرة ٢٣١– ص ٤٢٠. ويجب أن يكون الرضى بالوكالة باتا ومؤكدا. وقد قضى المجلس الأعلى بـالمغرب فـى اول يوليـو ١٩٥٨ بأنـه: " لاتصـح الوكالـة شرعا الا بعد ثبوت رضى الفريقين. وان الموافقـة " مبدئيـا " الصـادرة عن الزوجـة لايجـوز اعتبارها كموافقة غير مقيدة" انظر مجلة القضاء والقانون : العدد ١٥– ص ٣٦٩.

نفسها اهلية التصرف محل الوكالة ، فإذا كان العقد من أعمال الإدارة كانت اهلية الإدارة هى المطلوبة ، وإن كان من عقود التبرع كانت اهلية التبرع هى المطلوبة وهكذا . وبالإضافة الى هذه الأهلية هناك الأهلية المطلوبة للإلتزام بما تنشئه الوكالة نفسها من التزامات، فإذا كانت الوكالة بأجر وجب أن يكون الموكل اهلا لاداء الأجر اى أن تتوافر فيه أهلية التصرف . فيجب إذن أن تتوافر لدى الموكل أهليتان : أهلية الإلتزام بالوكالة فى ذاتها، وأهلية الإلتزام بالتصرف محل الوكالة أى التصرف الذى سيبرمه الوكيل . وهذه الأهلية الأخيرة يجب أن تتوافر عند إبرام الوكالة وأن تظل قائمة إلى وقت إبرام التصرف (1) فإذا كان الموكل أهلا عند إبرام الوكالة ثم فقد الأهلية قبل إبرام هذا التصرف كان التصرف باطلا او قابلا للإبطال بحسب ما إذا كان الموكل قد فقد أهلية الأداء تماما (كحالة الجنون) او صارت اهليته ناقصة(كحالة السفيه).

أما الوكيل فتكفى فيه أهلية الصبى المميز، لأن اثار التصرف الذى يبرمه لا تنصرف الى ذمته بل الى ذمة الموكل . وإذا كان الوكيل مميزا فهو وحده الذى يجوز له التمسك ببطلان عقد الوكالة إذا شاء، وليس للموكل ولا للمتعاقد مع الوكيل ان يتمسك بهذا الإبطال.

ثالثا المحل: تقع الوكالة على تصرف قانونى مطلوب وعلى اجر يستحق للوكيل إن كانت وكالة مأجورة . الأول يلتزم الوكيل بإتمامه والثانى يلتزم الموكل بأدائه.

ويشترط فى التصرف الذى يكون محلا للوكالة أن يكون ممكنا إذ لا تكليف بمستحيل، فتكون باطلة الوكالة فى إقامة طعن فى حكم غير قابل لهذا

---

(1) السنهورى: ج ٧ - فقرة ٢٢٧- ص ٤١٣. وانظر أيضا: المادة ١٩٩٠ مدنى فرنسى، والمادة ١٦٥ مدنى المانى والمادة ١٧٤٣ مدنى ايطالى والمادتان ١٤٥٧ ، ١٤٥٨ من المجله والمواد ٩٢٩،٩١٦،٩١٥ من مرشد الحيران.

وانظر أيضا: ابن عاصم ٢٧٤ ، الزرقانى ٥-٨ التاودى والتسولى ١-٢٠٤ ، الدر المختار ٦-٢٥٤، ابن نجيم ٢-١٤٥. وانظر ايضا:

Digeste,XVII, 1,12§4,5.

الطعن . ويجب أن يكون التصرف ممكنا التوكيل فيه ، فلا يجوز أن يوكل شخص غيره فى حلف اليمين أمام المحكمة أو فى حضور إستجواب . ولكن يجوز أن يوكله فى توجيه اليمين إلى خصمه . ويجب أن يكون التصرف معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا ، فإذا كان تصرفا غير مشروع لمخالفته للنظام العام والآداب أو لنص قانونى ، كان التصرف باطلا والوكالة فى إبرامه باطلة ، وليس للموكل أن يطالب الوكيل بإبرامه وليس للوكيل أن يطالبه بأجره لأن العقد باطل .

رابعا السبب : يجب أن يكون سبب الوكالة مشروعا ، فإذا قبل شخص وكالة أمرأة فى أعمال إدارة أو تصرف مقابل استمرار علاقة غير مشروعة معها كانت تلك وكالة باطلة لمخالفتها للآداب.

الشكل : إذا كان القانون قد اشترط فى تصرف معين ألا يتم انعقاده إلا بكتابة رسمية أو عرفية فإن هذا الشكل يلزم توافره فى الوكالة التى تعطى لإبرام هذا التصرف ، فإذا كان الشكل المطلوب فى العقد هو الرسمية فلا يكفى فى الوكالة فيه ورقة عرفية مثلا. فالهبة يشترط فيها ان تكون بالقبض او بورقة رسميه والتوكيل فى الهبة يلزم فيه توافر هذا الشكل فلا تكفى فيه الورقة العرفية.

ولذا تنص المادة ٧٠٠ مدنى على انه :" يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " والقوانين العربية الأخرى مطابقة للنص المصرى او موافقة له (١).

---

(١) يقابل هذا النص فى القوانين العربية الأخرى النصوص التالية المادة ٦٦٦ مدنى سورى مطابقة ، والمادة ٧٠٠ مدنى ليبى مطابقة والمادة ٧٧٥ موجبات لبنانى موافقة، ولا مقابل له فى القانون العراقى، ولكنه مطابق للقواعد العامة فيعمل به، انظر السنهورى ج ٧ – ص ٤٠٢ – هامش رقم ٣. وحكم القانون المغربى هو وحده المخالف للقوانين العربية الأخرى. (الفصل ٨٨٧ التزامات وعقود) فهو لايشترط الرسمية فى الوكالة فى التصرف الرسمى

الفصل الثانى

آثـار الوكالـة

تنشىء الوكالة آثارا فيما بين طرفيها الموكل والوكيل، وتنشىء كذلك اثـارا بالنسبة للغير الذى يتعامل مع الوكيل . ولذلك نقسم هذا الفصل الى فرعين:

الفرع الأول : آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين.
الفرع الثانى : آثار الوكالة بالنسبة الى الغير.

الفرع الأول

اثار الوكالة فيما بين المتعاقدين

فيما بين المتعاقدين تنشىء الوكالة التزامات علـى عـاتق كـل منهمـا، لذلـك يجب أن نقسم هذاالفرع الى مبحثين:
المبحث الأول : فى التزامات الوكيل.
المبحث الثانى : فى التزامات الموكل.

المبحث الأول

إلتزامات الوكيل

يلتزم الوكيل بتنفيذ الوكالة، وبتقديم حساب عنها، وبرد أموال الموكل اليه . ولكل من هذه الإلتزامات نجعل مطلبا فى هذا المبحث.

المطلب الأول

تنفيذ الوكالة

بإنعقاد الوكالة يصبح على الوكيل أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به من إبرام التصرف محل الوكالة وهذا يدعونا إلى معرفة أنواع الوكالة ومدى سلطة الوكيل والقيود التى يتقيد بها وتعدد الوكلاء ونيابة الغير عن الوكيل وطبيعة الإلتزام بالتنفيذ واليك بيان ذلك.

١- انواع الوكالة :

الوكالة اما عامة واما خاصة، وفى النوعين قد تكون وكالة نيابية او غير نيابية، ونفصل ذلك فيما يلى:

الوكالة العامة : تنص المادة ١/٧٠١ على أن " الوكالة الواردة فى الفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل لاتخول الوكيل صفة الا فى اعمال الإدارة " .

ترد الوكالة العامة فى عبارات عامة لاتحدد تصرفات بذاتها، مثل : وكلتك فى جميع اعمالى، أو جعلتك وكيلا أو مفوضا عنى . أو وكلتك فى إدارة شؤونى، وهذه الوكالة العامة لا تعطى الوكيل صفة إلا فى القيام بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف . وحتى إذا لم تذكر فيها كلمة الادارة فهى تنصرف دائما الى الإدارة فقط.

وتذكر المادة ٢/٧٠١ امثلة لاعمال الإدارة كالإيجار واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ، ويدخل فيها ايضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعه او المنقول الذى يسرع

اليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة " من أدوات لحفظه او لاستغلاله (١) .

غير أن الوكيل يتقيد فى القيام بها بمصلحة الموكل وفقا لطبيعة المعاملة وعرف التجارة. ومن أعمال الادارة التى تنصرف اليها الوكالة العامة : دفع الديون وقبض الحقوق وإيداعها لحساب الموكل، وإتخاذ الإجراءات التحفظية مثل توقيع الحجز التحفظى او قطع التقادم أو توجيه الإنذار، ورفع دعاوى الحيازة ، ورفع الدعاوى امام القضاء على المدينين وتنفيذ الأحكام التى يستصدرها ضدهم، وتوقيع الحجوز التنفيذية عليهم . وتشمل الوكالة العامة كذلك التصرفات التى تقتضيها اعمال الإدارة فإذا كان الوكيل ناظر زراعة يقوم بإدارة ارض فلاحية فإن هذه الإدارة تقتضى منه القيام ببعض اعمال التصرف التى تستلزمها الإدارة مثل شراء البذور والسماد والماشية والتعاقد مع العمال الزراعيين وبيع المحصول . ورغم أن هذه العقود من شأنها أن ترتب إلتزامات على عاتق الموكل إلا أن سلطة الوكيل تتسع لها لكونها لازمة يقتضيها تنفيذ المعاملات التى كلف الوكيل بإجرائها .

وإذا كانت الوكالة العامة تنصرف دائما الى أعمال الإدارة، فإن العكس ليس صحيحا، بمعنى أن الادارة لايلزم فيها أن تكون الوكالة عامة، بل تجوز الوكالة الخاصة فى الإدارة . فيحدد الموكل للوكيل عملا معينا من اعمال الإدارة يقوم به قيوكله مثلا فى تاجير دار معينة، إيجارا عاديا لاتزيد مدته على ثلاث سنوات (م ٢/٧٠١ مدنى) فالوكالة فى تاجير الدار او الأرض وكالة فى الإدارة ولكنها خاصة.

والوكالة العامة لاتخول الوكيل شيئا من أعمال التصرف، إلا إذا كانت لازمة للقيام بأعمال الإدارة، اما ما سوى ذلك فتضيق عنه سلطات الوكيل.

(١) انظر : المادة ١٧١٢ مدنى اسبانى، والمواد ١٥١٧ الى ١٥١٩ و ١٥٤٢ من المجلة والمواد ٩٥٨، ٩٦٦، ٩٦٩ من مرشد الحيران والمادة ٨٩٢ من تقنين الإلتزامات المغربى وانظر ايضا: ابن عاصم ٢٧٧، التاودى ١-٢٠٦، الدر المختار ٤-٥٧٠الى ٥٧٢ ، و ٦- ٣٢٦ و ٣٢٧. وانظر ايضا:

Digeste: XLVI,3,86.

فليس للوكيل ان يمنح للمدين اجلا للدين ، وإذا اقترض لصالح الموكل فليس له ان يرهن ، لأن الرهن يقتضى وكالة خاصة لاعامة، وليس له إبرام الصلح أو الاتفاق على التحكيم ، أو رفع دعاوى الملكية ، أو دعاوى القسمة. ولكن يجوز للوكيل وكالة عامة رفع الدعاوى التى تستلزمها اعمال الإدارة ويجوز له فى هذه الدعاوى توجيه اليمين والإقرار والصلح والطعن فى الأحكام بجميع طرق الطعن عادية وغير عادية لان هذا كله تستلزمه وتقتضيه الادارة (١).

الوكالة الخاصة : تنص المادة ٧٠٢ مدنى على انه :

"١- لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعه امام القضاء.

"٢- والوكالة الخاصة فى نوع معين من انواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص الا اذا كان العمل من التبرعات.

"٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى " .

فالوكالة الخاصة تقتصر على تصرف واحد أو نوع واحد من التصرفات. وكل أعمال التصرف يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة ، ولا يلزم أن تكون هناك وكالة منفصلة لكل نوع من أعمال التصرف على حده بل يمكن أن تذكر تصرفات عديدة فى وكالة واحدة (٢) . فينص فى الوكالة على البيع والرهن والصلح والتحكيم ورفع دعاوى الملكية . ولكن الوكالة الخاصة لا يتوسع فى

---

(١) بلانيول وريبير وساقاتييه : ج ١١ - فقرة ١٤٦٣ - ص ٩٠٠ ، السنهورى : ج٧ -فقرة ٢٤٠ - ص ٤٣٢ وما بعدها .

(٢) السنهورى : ج٧ - فقرة ٢٣١ - ص ٤٤٠ .

تفسيرها بل تفسر تفسيرا ضيقا . فالتوكيل فى القرض لا يتضمن التوكيل فى الرهن ، والتوكيل فى الصلح لا يتضمن التوكيل فى التحكيم والعكس كذلك ، فالتوكيل فى التحكيم لا يشمل التوكيل فى الصلح ، والتوكيل فى الابراء من الدين لا يشمل التوكيل فى حوالته ، والتوكيل فى بيع الدار أو تأجيرها لا يشمل التوكيل فى قبض الثمن أو الاجرة . والتوكيل فى تحصيل دين لا يشمل التوكيل فى منح أجل عنه أو النزول عن جزء منه ولا فى التصرف فى المبلغ المتحصل ولو كان ذلك فى أوجه مفيدة للموكل ، والتوكيل فى بيع عقار لايسمح للوكيل ببيع الاشجار الموجودة فيه مستقلة (١) ومع ذلك فان الوكالة تشمل ما يعتبر ضروريا ولازما لها ، فالتوكيل فى البيع يشمل تسليم المبيع ، وفى الايجار يشمل تسليم الشىء المؤجر وفى الاقتراض يشمل تسلم مبلغ القرض ، وفى قبض الدين يشمل اعطاء مخالصة عنه وشطب الرهن الضامن له ، وتشمل الوكالة فى بيع الاسهم للوفاء بدين ، اعطاء هذه الاسهم للدائن وفاء بمقابل بسعرها الجارى(٢) .

الوكالة النيابية وغير النيابية :

يمكن أن تكون هناك وكالة بلا نيابة كما فى حالة الاسم المستعار والوكالة بالعمولة ، فكل من هؤلاء يعمل باسمه ويبدو هو الاصيل فى التعامل ، والحقيقة أن هناك وكالة بينه وبين شخص آخر وبمقتضاها يعمل باسم هذا الآخر فالوكالة غير نيابية . ويمكن أن تكون نيابة بلا وكالة كما فى حالة النيابة القضائية ، فالولى نائب قانونى وليس وكيلا ، وكما فى النيابة القانونية فالحارس القضائى والقيم نائب قضائى وليس وكيلا . ويمكن أن تجتمع الوكالة والنيابة فتكون الوكالة نيابية ، وذلك فى عقد الوكالة وتلك هى النيابة الاتفاقية .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه : ج ١١ فقرة ١٤٦١ - ص ٨٩٧ ، اوبرى ورو واسمان وبونار:ج٦ -فقرة ٤١٢- ص٢٥٣، السنهورى:ج٧ - فقرة٢٤١ - ص٤٤٢ -٤٤٣.

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه : ج١١ - فقرة ١٤٦٢ - ص ٨٩٨ و٨٩٩ ، السنهورى : ج٧ - فقرة ٢٤٢ - ص ٤٤٦ و٤٤٧ . وانظر ايضا : المادة ١٩٨٧ مدنى فرنسى ؛ والمادة ١٧١٢ مدنى اسبانى والمادة ١٧٤٠ مدنى ايطالى ؛ وانظر ايضا ابن فرحون ١-١١١ ، ٢-٦٨ و٩٨ ؛ خليل ٤-٢٢٤ ؛ تاودى ١-٢٠٧و٢١٧ ؛ ابن عاصم٢٩٥ التسولى ١-٢٠٥ ؛ ابن سلمون ١-٢٠٢ ؛ تواتى ٥٢ و٥٤ ؛ ابن نجيم ٢-٢٥٥ .

٢ – سلطة الوكيل وما يتقيد به :

تنص المادة ٧٠٣ مدنى على أن :

"١– الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون ان يجاوز حدودها المرسومة .

"٢– على أن له ان يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل فى هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة " (١) .

تختلف السلطة المخولة للوكيل من حالة الى اخرى بحسب رغبة الموكل ، فقد يقيد سلطة الوكيل فى ابرام التصرف المطلوب فى كل التفاصيل فلا يكون للوكيل سلطة ما ويصبح اقرب الى ان يكون رسولا ينقل ارادة الموكل الى الطرف الاخر .

وقد يوسع الموكل من سلطة الوكيل فيقيده فى بعض الامور بالشروط التى يعمل على مقتضاها ، ويترك له حرية التقدير فى غيرها من الامور ، وهنا يكون وكيلا بمعنى الكلمة . وقد يزيد الموكل فى توسيع سلطة الوكيل فيحدد له نوع التصرف ويفوض اليه شروطه وهذه وكالة خاصة ، أو يسند اليه اعمال الادارة أو بعضها تاركا له حرية تقدير الشروط الملائمة ، وتلك وكالة عامة . وعلى ذلك فان الاتساع والضيق فى سلطات الوكيل يمكن ان يكون فى الوكالة الخاصة أو العامة .

---

(١) تقابل هذه المادة : المواد التالية : المادة ٦٦٩ مدنى سورى والمادة ٧٠٣ مدنى ليبى والمادة ٩٣٣ مدنى عراقى والمواد ٧٧٩ و٧٨٠ موجبات وعقود لبنانى والمواد ٨٩٤ و٨٩٥ و٨٩٦ و ٨٩٧ و ٩٠٣ التزامات وعقود مغربى

وانظر ايضا : المادة ٢/١٩٨٨ مدنى فرنسى ، والمادة ١٧١٣ مدنى اسبانى ، والمادة ١٧٤١ مدنى ايطالى . وانظر أيضا خليل ٤–٢٢٠–٢٢٣ و٢٢٤ ؛ ابن سلمون ١–٢٠٢ ؛ التاودى والتسولى : ١–٢٠٧و٢٠٨ ؛ ابن نجيم ٢–١١و١٢.

وانظر ايضا :

Digeste.XIII ,3,60,63,7,11§7; XLI,1,9§5 .

ولا يجوز للوكيل أن يأتى عملا من أعمال التصرف لم ينص عليه فى الوكالة ، اى لم ترد فيه وكالة خاصة ، فلا يجوز له فى دعوى امام القضاء ان يقر بحق للخصم ولا ان يوجه اليمين الحاسمة ، ولا الدفاع امام القضاء فى الموضوع الا باذن صريح من الموكل . ولكن يلاحظ ان توكيل المحامى فى رفع الدعوى يتضمن قيامه بالمرافعة فيها . ولا يجوز للوكيل قبول الحكم والتنازل عنه ولا قبول التحكيم أو الصلح ولا الابراء من الدين ولا التصرف فى عقار أو حق عقارى ولا انشاء رهن رسمى أو حيازى ولا شطب الرهن أو التنازل عن الضمان مالم يكن ذلك فى مقابل الوفاء بالدين ، ولا يجوز له التصرف فى محل تجارى أو تصفيته ولا انشاء شركة مع الغير أو حالة شيوع ولا القيام بالتبرعات ؛ ولا يجوز للوكيل كل ذلك مالم يؤذن صراحة من الموكل ، واذا كان التصرف الموكل فيه من التصرفات التى تقوم على الاعتبار الشخصى فيجب ان يحدد الموكل للوكيل شخص الطرف الاخر أو على الاقل الصفات المتطلبة فيه .

ويقرر الفقه بشأن التبرعات انه زيادة على النص على سلطة الوكيل فى التبرع ، يجب تحديد الشىء الذى يقع التبرع به نظرا لخطورة هذا التصرف(١) وكذا فى الابراء .

وسواء كانت الوكالة خاصة ام عامة فان الوكيل يجب عليه ان يقوم بالمهمة التى كلف بها ، ولا يجوز له ان يخرج عن الحدود المرسومة للوكالة . واذا خرج عنها كان مسئولا عن تعويض الموكل عما لحق به من اضرار نتيجة فعله . واذا نفذ الوكيل الوكالة بشروط افضل مما طلب الموكل فان ذلك جائز ، فاذا طلب الموكل ثمنا معينا لبيع الدار فباعها الوكيل بثمن اعلى كانت الزيادة من حق الموكل .

ولكن فى بعض الحالات تواجه الوكيل ظروف أو اسباب خطيرة تحمله على مخالفة تعليمات الموكل لمواجهتها ، وبخروجه عن تعليمات الموكل يجاوز حدود الوكالة فى بعض الاحيان ، أو يعدل من طريقة تنفيذ الوكالة فى احيان

---

(١) السنهورى : ج٧ - فقرة ٢٤١ - ص ٤٤١ .

اخرى ، وفى هذه الحالة يمكنه ان يخالف تعليمات الموكل بالخروج عن حدود الوكالة اذا توافر شرطان : **اولهما** : اذا اثبت الوكيل انه كان من المستحيل عليه ان يخطر الموكل سلفا باضطراره الى الخروج عن حدود الوكالة . **وثانيهما** : أن تدل الظروف على ان الموكل ما كان الا ليوافق على تصرف الوكيل لو انه علم به قبل انفاذه . ويعتبر تصرف الوكيل بتوافر هذه الشروط نافذا فى حق الموكل ، لا على اساس الوكالة الظاهرة أو الفضالة ، بل على اساس نيابة قانونية تستند الى نص وهو المادة ٢/٧٠٣ مدنى .

اما اذا كان من الممكن ان ينتظر الوكيل تعليمات الموكل دون خطر ، فانه يجب على الوكيل الا يقوم بمواجهة الاسباب الخطيرة حتى يتلقى تعليمات موكله. فإذا تصرف تلقائيا دون انتظار هذه التعليمات ، فلا ينصرف اثر هذا التصرف الى ذمة الموكل . ولكن قد يمكن اعتبار الوكيل فضوليا أو وكيلا وكالة ظاهرة .

٣ – تعدد الوكلاء :

تنص المادة ٧٠٧ مدنى على انه : " اذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذى اصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على ان الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله احدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فى تنفيذها .

"٢ – إذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل كان عليهم ان يعملوا مجتمعين إلا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه (١) .

---

(١) تطابق هذا النص المادة ٦٧٣ مدنى سورى والمادة ٧٠٧ مدنى ليبى ، وفى التقنين المدنى العراقى توافقة المادة ٩٣٨ غير ان الوكلاء لا يتضامنون فى مسؤليتهم ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نجد المادة ٧٨١ مطابقة للفصل ٨٩٨ من تقنين الالتزامات المغربى

وانظر ايضا : المادتين ١٨٥٨ و ٢٠٠٢ مدنى فرنسى ، والمادة ١٧٢٢ مدنى ايطالى ، والمادة ٣٦٤ تجارى ايطالى والمادة ١٤٦٥ من المجلة والمادة ٩٢٥ من مرشد الحيران . وانظر ايضا خليل: ٤–٢٥٥؛ الزرقانى ٧–٢٠١؛ الدر المختار٦–٣٢٠و٣٢٢و٣٢٣،٤–٥٦٧.

وانظر ايضا :

Digeste : XIV,3,1155 .

قد يرى الموكل ان العمل القانونى الذى يريده يحتاج الى جهد اكثر من وكيل واحد ، أو يحتاج الى خبراء فى نواح متعددة : قانونية واقتصادية وهندسية مثلا ، فيعهد الى وكلاء متعددين لهذا الغرض . وقد يعطى كلا منهم وكالة مستقلة عن الاخرين فى صك مستقل ، وقد يجمعهم فى توكيل واحد يذكرون فيه جميعا .

فاذا كانت لكل وكيل وكالته اى عينوا بعقود مستقلة كان لكل منهم ان ينفرد بالعمل الذى كلف به دون اخذ رأى الاخرين . ومع ذلك يمكن للموكل ان يكلفهم بالعمل مجتمعين وبذلك لا يكون لأى منهم أن ينفرد بالعمل وحده ، اذ يكون عديم الصفة فى القيام به وحده ، فيبطل تصرفه . ولكن يمكن ان تنطبق هنا فكرة الوكالة الظاهرة فيعتبر التصرف صحيحا وينصرف الى ذمة الموكل ، ومع ذلك اذا لم يكن منصوصا فى الوكالة على الشرط الذى اشترطه الموكل وهو عملهم مجتمعين ، فأن التصرف يكون صحيحا اذ يكون الغير معذورا عندما يتعامل مع الوكيل اذا لم يعلم بانعدام صفته منفردا . ولكن اذا كان مذكورا فى عقد الوكالة ان يكون الوكلاء مجتمعين فى ابرام التصرف فلا عذر للغير اذ عليه ان يطلع على التوكيل ليعرف حدود الوكالة بالضبط .

أما اذا كان الوكلاء معينين بعقد واحد ، فلا يجوز لأحد منهم الانفراد بالعمل المنوط بهم ، فيجب ان يجتمع رأيهم عند ابرام العقد ، فإن اختلفوا رجعوا الى الموكل لأخذ رأيه . واذا تعذر على احدهم المشاركة فى ابرام التصرف لم يجز للباقين ابرام التصرف دونه بل عليهم الرجوع الى الموكل .

ومع ذلك يجوز للموكل ان يأذن لهم فى العمل منفردين .

وهناك أعمال لا يحتاج فيها الامر الى مداولة بين الوكلاء لكونها لا تحتمل الخلاف فى الرأى ، فالوفاء بدين على الموكل مستحق الاداء أو رد الوديعة الى صاحبها أو اتخاذ اجراء لقطع التقادم السارى ضد مصلحة الموكل ، أو القيام بعمل عاجل يبعد خطرا عن الموكل ، أو اشتراك عدة محامين بالدفاع فى دعوى واحدة بحيث يقوم كل منهم بواجبه مستقلا . كل ذلك امور لا بأس فيها بانفراد

كل وكيل بالعمل وحده ولو اجتمع فى صك الوكالة ذكر وكلاء آخرين . وكذا الوكالة التى تكون متعلقة بمعاملات تجارية بين تجار فيجوز فيها انفراد كل وكيل بالعمل . ومع ذلك قد يرى الموكل من مصلحته حتى فى هذه الحالات ان يعمل الوكلاء مجتمعين فينص على ذلك فى الوكالة ، فيلزم مثلا المحامين الذين وكلهم بتقديم مذكرة واحدة بدفاعهم مجتمعين ، على ان يكونوا مسئولين امامه عنها .

واذا خالف احد الوكلاء ما اشترطه الموكل من عمل الوكلاء مجتمعين فعمل منفردا فانه يكون غير ذى صفة ويبطل تصرفه ، ولا يعتبر الغير الذى تعامل معه حسن النية فى هذه الحالة اذا كان من السهل عليه ان يعرف عدم توافر صفة العمل منفردا لو انه طلب الى الوكيل ابراز وكالته للاطلاع عليها .

ولا يعتبر الوكلاء فى وكالة واحدة متضامنين ، فالتضامن لا يفترض بل يجب النص عليه ، ومع ذلك يعتبرون متضامنين فى ثلاث حالات : الاولى : اذا وقع بالموكل ضرر نتيجة تدليسهم أو خطأهم المشترك وتعذر تحديد نصيب كل منهم فى وقوعه . والثانية : اذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة . والثالثة : اذا كانت وكالة بين تجار لاعمال تجارية ، ويجوز ان يشترط فيها عدم التضامن . ولكن اذا كان احد الشركاء قد اساء استخدام الوكالة أو خرج عليها فيسأل وحده ولا يكون الباقون متضامنين معه .

٤ – نائب الوكيل :

تنص المادة ٧٠٨ مدنى على انه : " ١– اذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون ان يكون مرخصا له فى ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية .

"٢ – اما اذا رخص للوكيل فى اقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فان الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه أو عن خطأه فيما اصدره له من تعليمات .

"٣- ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل ان يرجع كل منهما مباشرة على الأخر " (١) .

لا يجوز للوكيل ان يتخذ له نائبا فيما وكل فيه . هذا هو الاصل فاذا خرج الوكيل عن هذه القاعدة كان مسئولا بالتضامن مع نائبه تجاه الموكل عن التعويض عن كل ضرر يصيب الموكل بسبب ذلك . ويجوز له ان يوكل غيره اذا أجاز له الموكل ذلك ، أو اذا كان ممنوعا من توكيل غيره ثم عدل الموكل عن ذلك وقبل عمل وكيل الوكيل أو اذا اتضح من طبيعة موضوع الوكالة أو من ظروف الحال ان توكيل الغير جائز كما لو كان واضحا من الوكالة انها لا تقوم على الاعتبار الشخصى .

ولكن اذا كان الموكل قد اذن للوكيل فى توكيل الغير ، فلا يكون الوكيل مسئولا إلا عن الخطأ فى اختياره نائبه أو الخطأ فيما اصدره من تعليمات الى هذا النائب .

وقد اعطى القانون للموكل دعوى مباشرة قبل نائب الوكيل ، يستطيع بمقتضاها ان يطالبه بتنفيذ الوكالة أو بتسليمه ما تحصل منها أو بالتعويض عن الضرر الذى يصيبه . ولنائب الوكيل كذلك دعوى مباشرة قبل الموكل ومن ناحية اخرى فان نائب الوكيل مسئول امام الوكيل والعلاقة بينهما اساسها عقد وكالة فيعتبر الوكيل فيه هو الموكل والنائب هو الوكيل وتحدد حقوق كل منهما والتزاماته على اساس هذا العقد .

٥ - طبيعة الالتزام بالتنفيذ :

تنص المادة٧٠٤ مدنى على انه: "١- اذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على

---

(١) تطابق هذا النص المادة ٦٧٤ مدنى المانى ، والمادة ١٧٢١ مدنى اسبانى ، والمادتان ١٠٥و١١٦ تجارى ايطالى ، والمادة٣٩٩ التزامات سويسرى والمادة ١٤٦٦ من المجله وانظر ايضا : الزرقاق ١٢٢ والتاودى والتسولى ١-٢٠١ ، وخليل ٤-٢٤٤ ، وابن نجيم ٢-٤٦ والحموى : ٢-١١ ملحوظة ٠٣

الوكيل ان يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى اعماله الخاصة دون ان يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . "٢ – فان كانت بأجر وجب على الوكيل ان يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد " .

التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام ببذل عناية سواء كان مأجورا أو متبرعا . فالوكيل المأجور يخضع لمعيار موضوعى فى تقدير مسئوليته هو معيار الرجل المعتاد اى المتوسط . اما الوكيل المتبرع فقد جمع المشرع فى شأنه بين المعيارين الشخصى والموضوعى ، فهو يسأل طبقا لما يبذله فى اعماله الخاصة وهذا معيار شخصى ولكن الحد الاقصى لمسئوليته هو عناية الرجل المعتاد .

ويتفرع على اعتبار التزام الوكيل التزاما ببذل عناية ، انه لا يكون مسئولا عن هلاك الاشياء الخاصة بالموكل أو الاشياء التى عهد اليه ببيعها أو شرائها إلا إذا قصر فى حفظها .

ويجب على الوكيل عندما ينهى مهمته ان يبادر باخطار الموكل ، وان يحيطه علما بالتفاصيل التى تمكنه من معرفة الكيفية التى تم بها انجاز الوكالة . ويعتبر سكوت الموكل مدة اكثر مما تقتضيه طبيعة موضوع الوكالة أو اكثر مما يجرى به العرف ، اقرارا لما فعله الوكيل ولو كان الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة بل ان اخطار الموكل بما يتم فى تنفيذ الوكالة اولا بأول واجب ، فيجب على الوكيل فى ادارة مزرعة ان يحيط المالك بعقود الايجار التى ابرمها أو الالات والبذور التى اشتراها والعمال الذين تعاقد معهم والضرائب التى سددها وما الى ذلك (١) .

---

(١) السنهورى : ج٧ – فقرة ٢٦٥ – ص ٤٩٤ ؛ وانظر ايضا : المادتان ١٩٩١ و١٩٩٢ مدنى فرنسى ، والمادة ٦٦٥ مدنى المانى ، والمادة ١٧٢٦ مدنى اسبانى والمادة ١٧٤٥ مدنى ايطالى ، والمادة ٣٥٦ تجارى ايطالى والمواد ١٤٦٣ و١٤٨٢ و١٥١٥ من المجله ، والمادتان ٩٣٦ و٩٥٧ من مرشد الحيران ، وانظر ايضا : ابن فرحون ٢ – ١٦٦ ؛ التسولى ١-٢٠٩ و ٢١٧ ؛ الدر المختار ٤-٥٧١ و٣١١و٣١٣ ؛ ابن نجيم ٢-٢و٣ ؛ الحموى ٢-٧ . وانظر ايضا

Digeste : XVII , 1,8§6 ; L.,17,23;code,IV, 11,13,21 .

ويجوز لطرفى عقد الوكالة تغيير طبيعة الالتزام بتنفيذها فيجعلا منه التزاما بنتيجة ،وفى هذا تشديد لمسئولية الوكيل يمكن أن يصل الى حد اشتراط مسئوليته عن السبب الاجنبى . وبالعكس يجوز الاتفاق على التخفيف من مسئوليته . فيعفى من المسئولية بالمعيار الموضوعى وينص على ان يكون مسئولا عن الغش والخطأ الجسيم وحدهما ، ولكن لا يجوز اعفاؤه من المسئولية عن غشه وخطأه الجسيم .

المطلب الثانى

الالتزام بتقديم حساب عن الوكالة

تنص المادة ٧٠٥ مدنى على ان : " على الوكيل ان يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل اليه فى تنفيذ الوكالة وان يقدم له حسابا عنها "(١) .

يوجب المشرع على الوكيل ان يقدم حسابا عن المهمة التى كلف بها ، وقد يكون هذا الحساب دوريا اذا كان الوكيل يقوم بادارة عمل بصفة مستمرة ، فيقدم حسابا سنويا أو نصف سنوى أو شهريا . وقد يقدم الحساب مرة واحدة اذا كان مكلفا بعمل واحد وانجزه .

---

(١) يقابل هذا النص المادة ٦٧١ مدنى سورى والمادة ٧٠٥ مدنى ليبى وتوافقه المادة ٩٣٦ مدنى عراقى ، وتوافقه كذلك المادتان ٧٨٨ و٧٨٩ موجبات لبنانى ، والمادة ٩٠٨ التزامات وعقود مغربى . وانظر ايضا المادة ١٩٩٣ مدنى فرنسى ، والمواد ٦٦٦و٦٦٧و٢٥٩ مدنى المانى والمادة ١٧٢٠ مدنى اسبانى والمادة ١٧٤٧ مدنى ايطالى . وانظر ايضا : خليل ٤-٢٥٤ ، التاودى والتسولى ١-٢٢٠ ، ابن عاصم ٢٩٨ ، تواتى ٢٤٥و٢٤٧ الزرقانى : ٨-٢٠٣ وانظر ايضا :

CODE , v,51,9.

Digeste, XXVII,3,1§3;I,20pr.,8pr.§10,1056,43,45pr.;III,46§4;II,13,9,pr .

ويتضمن الحساب جانبين احدهما للاصول والاخر للخصوم ويثبت فيه الوكيل ما للموكل وما عليه ، فيبين المبالغ التى تسلمها من الموكل والمبالغ التى قام بتحصيلها من الغير لحسابه ، وثمن الاشياء التى باعها أو الاجرة التى تقاضاها بناء على عقود ايجار ، أو غير ذلك مما يخص الموكل . ويثبت فيه ايضا المصاريف التى انفقها فى الاعمال التى كلف بها ، والديون المستحقة على الموكل وقام الوكيل بسدادها وما انفق فى الاجراءات القضائية ، واجر الوكيل نفسه اذا كانت الوكالة بأجر . ولكن لا يجوز للوكيل ان يدرج فى الحساب تعويضا عن ضرر اصابه ويقوم هو بتقديره دون ان يوافق الموكل على ذلك أو دون ان يصدر له حكم قضائى بهذا التعويض .

ويجب على الوكيل ان يؤيد الحساب المقدم منه بالمستندات فاذا ذكر انه دفع أجرة شقة وجب عليه أن يقدم الايصال الدال على ذلك واذا قرر انه أدى الاجرة المستحقة على نقل البضاعة كان عليه ان يرفق بالحساب سند الشحن أو ايصاله .

وقد يعفى الوكيل من تقديم الحساب ، وذلك اذا كانت طبيعة العمل الذى كلف به لا تقتضى تقديم حساب . فاذا كان موكلا فى التوقيع على عقد أو فى الزواج أو الطلاق ، فلا يحتاج هذا العمل الى اعداد حساب عنه . وقد يعفى الوكيل من تقديم حساب اذا اقتضت ظروف العمل أو الحال ذلك ، فالزوجة لا تكلف تقديم حساب عما تقوم به فى ادارة المنزل (١) ، وقد يكون الاعفاء من تقديم الحساب بمقتضى اتفاق بين الموكل والوكيل . وكل ما يتعلق بالالتزام بتقديم الحساب لا تختلف فيه القوانين العربية فيما بينها .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه : ج١١ - فقرة ١٤٧٦ - ص ٩١٦ . السنهورى : ج٧ - فقرة ٢٦٧ - ص ٤٩٧ .

المطلب الثالث

الالتزام بالرد

يجب على الوكيل عند انتهاء وكالته ان يرد أموال الموكل اليه سواء كان قد تسلمها عند ابرام الوكالة أو اثناءها أو بمناسبتها ، وسواء كان قد تسلمها من الموكل أو من الغير . وعليه أن يرد للموكل كل هذه الاشياء ، ولو كان يعلم أو يعتقد أنها لا تخص الموكل ، اذ لا شأن له بذلك ، وهو غير مسئول عنه ، بل المسئول هو الموكل ، فليس الوكيل مكلفا بالتحقق من ان الموكل يستحق هذا الشيء أم لا يستحقه (١) . ولكن اذا كان ظاهرا في تعامل الوكيل مع الطرف الآخر ان هناك خطأ جليا في الحساب ، كأن يسدد المستأجر الى الوكيل أجرة الشهر مرتين ، فان على الوكيل أن يصحح هذا الخطأ وينبه المستأجر اليه ويرد اليه الاجرة الزائدة لا الى الموكل .

وعلى الموكل أن يثبت ما تسلمه الوكيل ، اذا أنكر الوكيل التسلم . ويجب على الوكيل أن يرد سند الوكالة عند انتهائها ، اذ لا يبقى مبرر لاحتفاظه به . واذا كان للوكيل ان يحبس تحت يده أموال الموكل حتى يستوفى أجره ومستحقاته فليس له أن يحتفظ بسند الوكالة بالذات . ويكون للموكل أن يتخذ الاجراءات القانونية للاعلان عن عدم سريان التوكيل بعد ذلك ، واذا لم يعمل الموكل على استرداد سند الوكالة وتعامل الوكيل مع آخرين حسنى النية بهذا التوكيل كان لهؤلاء الرجوع على الموكل بالتعويض عما يصيبهم من أضرار (٢) .

ومتى رد الوكيل الى الموكل امواله وسند وكالته وقدم له الحساب واقر الموكل كل ذلك ، كان للوكيل ان يطلب الى الموكل اعطاءه مخالصة أى شهادة بأنه قد نفذ كل التزاماته بصدد الوكالة ولم يعد للموكل ان يطالبه بشيء .

---

(١) اوبرى ورو واسمان – ج ٦ – فقرة ٤١٣ – ص ٢١٧ ؛ بلانيول وريبير وسافاتييه : ج ١١ – فقرة ١٤٧٧ – ص ٩١٧ ؛ السنهورى ج ٧ – فقرة ٢٦٩ –ص ٥٠٣ .

(٢) انظر المادة ٣٦ من تقنين الالتزامات والعقود السويسرى والفصل ٩١١ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى .

واذا أعطى الموكل هذه المخالصة وتبين له بعد ذلك خطأ وقع فيه الوكيل كان له أن يرجع عليه بالتعويض عما سببه له ذلك الخطأ من الضرر ذلك أن الموكل لا يعتبر قد أقر إلا التصرفات التى علم بها .

واذا قام الوكيل باخطار الموكل بانتهاء مهمته واحاطه علما بتفاصيل ما تم وسكت الموكل عن الرد مدة اكثر مما تقتضيه طبيعة الموضوع أو العرف اعتبر أنه اقر ما فعله الوكيل ولكن لا يعتبر مقرا بحصول الرد ، فاقرار ما فعله الوكيل شىء والاقرار بحصول رد ما تسلمه الوكيل شىء آخر .

واذا لم يقم الوكيل بتنفيذ الالتزام بالرد كان للموكل أن يطالبه قضاء بالرد . فاذا لم يطالبه الموكل مدة خمس عشرة سنة سقط الالتزام بالرد بمضى المدة ، ولكن تبقى للموكل دعوى الاستحقاق يستطيع بمقتضاها وبوصفه مالكا ان يطالب الوكيل برد أمواله اليه ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم اطلاقا . ولكنها يمكن ان تصطدم بعقبة أخرى ، هى اكتساب الوكيل لهذه الاموال بالتقادم المكسب ، وذلك اذا بدل حيازته العارضة وحولها الى حيازة قانونية وجابه الموكل بادعاء الملكية وسكت الموكل مدة التقادم المكسب فان دعوى الاستحقاق تصير عقيمة ولا تسعف المالك فى استرداد ماله .

المبحث الثانى

التزامات الموكل

يلتزم الموكل بأداء الاجر للوكيل والمصروفات والتعويض عن الاضرار التى تحيق به . وسنتحدث عنها فى المطلبين التاليين :

المطلب الاول

الأجر

تنص المادة ٧٠٩ مدنى على ان :

" ١- الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل .

"٢- فاذا اتفق على اجر للوكالة كان هذا الاجر خاضعا لتقدير القاضى الا اذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة (١) .

الوكالة تبرعية أصلا ، فلا اجر للوكيل الا اذا نص العقد على هذا الاجر . اما العقد الذى لا ينص على الاجر فيعتبر الوكيل فيه متبرعا بوكالته الا فى حالات ثلاث :

الاولى : اذا كلف باجراء عمل داخل فى حرفته أو مهنته .

الثانية : بين التجار فيما يتعلق بالمعاملات التجارية .

الثالثة : اذا اقتضى العرف اعطاء اجر عن القيام بالعمل محل الوكالة .

---

(١) انظر المادة ٦٧٥ مدنى سورى والمادة ٧٠٩ مدنى ليبى والمادة ٩٤٠ مدنى عراقى ، اما التقنين اللبنانى ففيه المواد ٧٧٠ و٧٩٤ و٧٩٥ مطابقة للفصول ٨٨٨ و٩١٥ من التقنين المغربى . وانظر ايضا : المادة ١٩٩٩ و٢٠٠٠ مدنى فرنسى ، والمادة ٦٧٠ مدنى المانى والمادة ١٧٢٨و ١٧٢٩ مدنى اسبانى والمادة ١٧٥٤ مدنى ايطالى والمادتان ٤٦٧ و١٤٩٥ من المجله والمادتان ٩٢٦ و٩٣٧ من مرشد الحيران : وانظر ايضا : الزرقانى ٨-٢٠١ و٢٠٢ ؛ ابن نجيم ٢-٦و٧و٧١ ؛ الدر المختار ٤-٣٩٢ و٣٩٣ ؛ ابن سلمون ١-٢٠٠ ؛ بنانى : ١-٢٠٠ ؛ خليل ٤-٢٦٤ و٢٦٥ .

وانظر ايضا :

Code,IV,35,1,20 §1 .
Digeste,XVI,1,10 §9,11,12 §9,20 pr.45,§6 §54 .

واذا كان العقد لم يحدد مقدار الاجر ، مع كونه مستحقا ، فان القاضى هو الذى يتولى تحديده وفقا لعرف المكان الذى نفذت فيه الوكالة ، فاذا كان الوكيل محاميا موكلا فى دعوى امام المحكمة العليا أو محكمة الاستئناف بالعاصمة ، فان تقدير اتعابه يراعى فيه ذلك فيكون أزيد من اتعاب محام يترافع امام محكمة ابتدائية فى الريف منظورا فى ذلك الى اهمية القضية والاعباء المعيشية التى يتحملها المقيم فى مدينة كبرى ، ويراعى فى ذلك كله ما يجرى به العرف فى مثل هذه الحالات . فاذا لم يكن ثمة قاعدة عرفية ، قام القاضى (أو نقابة المحامين ان كان الوكيل محاميا) بالتقدير مراعيا ظروف الحال ، فينظر الى درجة خبرة الوكيل ومقدار الجهد الذى بذله ، ومدى ملاءة الموكل ، والوقت الذى استغرقه تنفيذ الوكالة .

ولما كان التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزاما ببذل عناية فانه يستحق اجره دون النظر الى ما اذا كانت النتيجة المطلوبة قد تحققت ام لا ، اذ يكفى أن يكون قد بذل فى تنفيذ الوكالة العناية المطلوبة ولو لم تتحقق نتيجة ما . ولكن قد يكون واضحا من ظروف الحال ان الوكيل انما التزم بتحقيق نتيجة معينة ، فقد يتفق الطرفان على ان يحصل الوكيل (محام مثلا) على جزء من قيمة الاتعاب مقدما ، والباقى بعد كسب القضية ، فاذا ما خسر القضية لم تتحقق النتيجة ولم يستحق باقى الاتعاب.

ولا يستحق الوكيل الاجر اذا منعته قوة قاهرة من تنفيذ التزامه ، أو اذا كانت الصفقة أو العمل الذى كلف به قد انجز قبل شروعه فى تنفيذه ، كما لو كان محاميا مكلفا باقامة استئناف ثم اتضح ان هذا العمل تم بواسطة آخر أو اذا لم تتم الصفقة أو القضية التى وكل فيها . ويلاحظ فى هذه الحالة ما يقضى به عرف التجارة أو العرف المحلى وهذا لا يمنع من منح الوكيل تعويضا عما بذله من جهد أو اضاعه من وقت فى تنفيذ الوكالة وخصوصا اذا كان السبب فى عدم اتمام الصفقة أو العمل سبب شخصى يتعلق بالموكل أو بسبب قوة قاهرة .

ويكون الاجر عادة مبلغا من النقود ، ومع ذلك يجوز أن يكون الاجر نسبة مئوية مما يحصله الوكيل من الاشياء ، أو أن يكون جزءا من الصفقة التى تتم

على يديه . ويلاحظ ان المحامي لا يجوز له أن يحصل على جزء من الحق المتنازع فيه كأتعاب وذلك بعد أن حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص قانون المحاماة فى هذا الخصوص. وقد يكون الوكيل موزعا يقوم بتوزيع سلعة لحساب صاحب العمل أو المصنع مقابل عمولة هى نسبة من قيمة السلعة أو مبلغا محددا عن كل وحدة منها . وقد يتمتع هذا الوكيل بشرط القصر أى أن يقتصر الموكل على اعطائه وحده كل ما ينتج من السلعة ولا يعهد الى غير هذا الوكيل ببيعها وهنا يستحق الاجر ولو لم يتم العقد على يديه وبالعكس قد يلتزم الوكيل بشرط القصر وذلك اذا كان عليه ان يمتنع عن توزيع سلع مماثلة من مصانع أخرى ومنتجين آخرين . ويلاحظ أنه اذا كان الوكيل يبيع السلعة باسم المنتج ولحسابه فهو وكيل عادى ، اما اذا كان يبرم عقود البيع باسمه هو ولا يظهر شخص المنتج فانه يكون وكيلا بالعمولة غالبا ما يخضع نشاطه لاحكام القانون التجارى ويستحق الاجر فى الزمان والمكان المتفق عليهما أو اللذان يقضى بهما العرف فإذا لم يكن ثمة اتفاق أو عرف استحق الاجر فى نهاية تنفيذ الوكالة الا اذا كان تنفيذها ينقسم الى فترات زمنية ويقدم حسابا عن كل منها فانه يحق للوكيل ان يدرج فى هذا الحساب اجره عن الفترة الفائتة . ويتم الوفاء بالاجر فى موطن المدين (الموكل) أو الجهة التى بها مقر اعماله اذا كانت الوكالة متعلقة بها (١) .

وللوكيل حق حبس أمتعة الموكل المنقولة أو بضائعه التى ارسلت اليه حتى يستوفى ما يستحق له قبل الموكل من أجر ومصروفات وتعويض واذا تعدد الوكلاء فلا يكونون متضامنين تضامنا ايجابيا فى استحقاق الاجر ، بل ينقسم الاجر بينهم بالتساوى أو بالنسبة المتفق عليها (٢) . أما اذا تعدد الموكلون فى عمل واحد تحمل كل بحسب مصلحته فى العمل واذا كلف وكيلا آخر بالعمل بقى للأول حقه فى الاجر .

---

(١) السنهورى : ج ١/٧ فقرة ٢٧٨ ص ٥٣٠ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه : ج١١ - فقرة ١٤٨٢ - ص ٩٢٧ ؛ السنهورى : ج ٧ - فقرة ٢٧٦ - ص ٥٢١ .

ويجوز تعديل أجر الوكيل اذا كان متفقا عليه اذا تبين بعد تنفيذ الوكالة أنه أكثر أو أقل مما يستحق فيجوز تعديل اجر الوكيل بواسطة القاضى ، على اساس ان الاجر يقدر فى الاعمال القانونية بطريقة تقريبية ، ثم يتضح فيما بعد عدم تناسبه مع ما تم من العمل . ولذا أعطى للقاضى سلطة تعديل الاجر بالزيادة اذا طلب الوكيل ذلك وتبين للقاضى انه يستحقها ، أو تعديله بالنقص اذا طلب الموكل ذلك وتبين للقاضى ان اجر الوكيل كان مبالغا فيه . ولكن لا يجوز الاتفاق مقدما على النزول عن حق تعديل الاجر سواء من جانب الموكل أو من جانب الوكيل ، فمثل هذا الاتفاق يكون باطلا . وانما يجوز النزول بعد انتهاء الوكالة لان الطرفين يكونان عندئذ على بينة مما تم تنفيذه . واذا تم الوفاء بالاجر اختيارا عند اتمام العمل فلا يجوز طلب تعديله بعد ذلك (١) .

المطلب الثانى

المصروفات والتعويض

تنص الماد ٧١٠ مدنى على انه :

" ١ – على الموكل ان يرد للوكيل ما انفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة .

" ٢ – فاذا اقتضى تنفيذ الوكالة ان يقدم الموكل للوكيل مبالغ للانفاق منها فى شئون الوكالة وجب على الموكل ان يقدم هذه المبالغ اذا طلب الوكيل ذلك " (٢) .

---

(١) السنهورى : ج٧ – فقرة ٢٧٧ – ص ٥٢٣ وما بعدها .

(٢) انظر : المادة ٦٧٦ مدنى سورى والمادة ٧١٠ مدنى ليبى والمادة ٩٤١ مدنى عراقى . والمادتان ٧٩٢ و ٧٩٣ من تقنين الموجبات اللبنانى والمادتان ٩١٣ و٩١٤ التزامات وعقود مغربى .

قد يحتاج الوكيل الى الانفاق على تنفيذ الوكالة ، كما لو كانت هناك رسوم أو ضرائب يؤديها ، أو عقود وايصالات يعدها ، أو كان تنفيذ الوكالة يستلزم سفرا ، فيجب على الموكل أن يؤدى هذه المبالغ الى الوكيل قبل القيام بالتنفيذ ، فاذا لم يحصل ذلك جاز للوكيل ان يطالب بها اثناء تنفيذ الوكالة لكى يستطيع الاستمرار فيها ، كما يجوز له أن يدرج هذه المصاريف ضمن الحساب الذى يعده .

ولكن اذا جرى العرف على أن يتحمل الوكيل هذه المصاريف ، أو نص الاتفاق على ذلك ، فلا يجوز للوكيل ان يطالب الموكل ولا أن يدرجها فى الحساب . واذا اتفق على ان تؤدى المصاريف فى نهاية الوكالة أو جرى العرف بذلك فلا يجوز المطالبة بها قبل ذلك .

ويجب فى النفقات التى ينفقها الوكيل أن تكون لازمة لتنفيذ الوكالة ، فاذا كانت نفقات غير لازمة أو تجاوز المعقول أو تجاوز حدود الوكالة فليس له أن يطالب بها الموكل . ويجب أن تكون نفقات مشروعة فلا يجوز للوكيل أن يطالب بمبالغ دفعها رشوة للغير (١) .

والالتزام بأداء المصروفات الى الوكيل التزام عقدى . واذا لم يقم الموكل بتنفيذه ، جاز للوكيل أن يطالب بالتنفيذ العينى ، كما يجوز له أن يخصم قيمة هذه النفقات مما بيده من أموال الموكل . فإذا سكت الوكيل عن المطالبة مدة ١٥ سنة بعد انتهاء الوكالة سقط حقه فى استرداد المصروفات . ويحق للوكيل ان يحبس أموال الموكل الموجودة تحت يده لاستيفاء المصروفات . واذا كان الوكيل قد انفق مصروفات على حفظ منقولات للموكل تحت يده ولولا هذه النفقات لهلك المنقول أو اصبح غير صالح لما أعد له ، فان هذه النفقات تكون مضمونة بحق امتياز للوكيل يرد على المنقول ذاته .

ويجب على الموكل تعويض الوكيل عن الاضرار التى تصيبه بسبب تنفيذ

---

(١) السنهورى : ج ٧ – فقرة ٢٨٦ – ص ٥٥١ .

الوكالة . فاذا كان الوكيل وهو يجرب آلة سيتعاقد على شرائها لحساب الموكل قد أصيب بواسطة هذه الآلة ، كان على الموكل أن يعوضه عن ذلك . ويجب هنا أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى وقوع الضرر ، والا يكون هناك خطأ فى جانب الوكيل أدى الى وقوع الضرر . فاذا كان الوكيل لا يحسن استعمال الآلة ، ومع ذلك تصدى لتجربتها بنفسه دون أن يعهد بذلك الى فنى مختص ، فانه يكون مخطئا ، ولا يكون له حق فى التعويض . ويجب أن يكون الخطأ الصادر من الوكيل خطأ ثابتا لا خطأ مفترضا أو مبنيا على قرينة قانونية . فاذا كان الخطأ المنسوب الى الوكيل خطأ مفترضا فلا يمنع ذلك من ثبوت حقه فى التعويض مادام لا يوجد خطأ ثابت فى جانبه . ويستوى فى استحقاق التعويض أن يكون الوكيل مأجورا أو متبرعا ، وأن يكون قد نجح أو لم ينجح فى أداء مهمته ، وأن يكون الضرر قد ظهر أثناء أو بعد انتهاء تنفيذ الوكالة ، ففى جميع هذه الحالات يستحق التعويض . وعلى الوكيل أن يثبت وقوع الضرر به بسبب تنفيذ الوكالة لكى يستحق التعويض ، وعلى الموكل ان يثبت اما وقوع الضرر لسبب لا يرجع الى تنفيذ الوكالة ، أو أن هناك خطأ ثابتا فى جانب الوكيل فاذا أثبت ذلك تخلص من أداء التعويض . ولا يلزم لاستحقاق التعويض الا يكون هناك مصدر آخر يمكن للوكيل أن يحصل على تعويض منه فأنه اذا وجد هذا المصدر الآخر لترتب على ذلك أن يصبح الموكل والمصدر الآخر مسئولين عن التعويض بطريق التضامن . والتزام الموكل بأداء التعويض التزام عقدى ، ويترتب على ذلك أنه يجوز للموكل أن يشترط مقدما اعفاءه من المسئولية عن التعويض ، وان مدة تقادم الحق فى التعويض تكون ١٥ سنة من وقت وقوع الضرر ، وليست مدة تقادم التعويض فى المسئولية التقصيرية (١) .

وما تقدم بشان التعويض لا يثور فى شأنه خلاف . أما التعويض عن الضرر الذى ينتج بمناسبة تنفيذ الوكالة ، فقد اختلفت فيه التشريعات . فالقانون المصرى لا يسمح بإعطاء التعويض فى هذه الحالة ويقتصر على حالة الضرر الذى يقع بسبب تنفيذ الوكالة . اما القانون المغربى والقانون الفرنسى فهما يجيزان اعطاء التعويض عن ضرر وقع للوكيل بمناسبة تنفيذه للوكالة .

---

(١) السنهورى : ج٧ – فقرة ٢٩٠ – ٢٩٤ – ص ٥٥٩ و٥٦٥ .

ويجب للتعويض عن الضرر الذى يقع بمناسبة تنفيذ الوكالة ألا يكون مقترنا بخطأ من الوكيل يكون ثابتا فى جانبه .

اما اذا كان الضرر قد وقع بفعل الغير أو بقوة قاهرة فان الموكل يلزم كذلك بتعويض الوكيل عنه ، فهو لا يرجع الى خطأ من الوكيل . ويحق للوكيل أن يحبس أمتعة الموكل وبضائعه لديه حتى يستوفى التعويض المستحق له .

الفرع الثانى

آثار الوكالة بالنسبة الى الغير

قد يقوم الوكيل بعمله القانونى باسمه الشخصى ، ولا يعلن عن شخص الموكل . وقد يعلن عن الاصيل عند التعاقد . ويجب أن نبين أحكام الصورتين .

المبحث الأول

عمل الوكيل باسمه الشخصى

يحدث ان يقوم الوكيل بابرام العقد باسمه الشخصى ، ولا يذكر كونه وكيلا أو نائبا عن شخص آخر ، أى انه يبدو فى التعاقد انه هو الاصيل . وتكون هذه وكالة غير نيابية .

ويحدث تعاقد الوكيل باسمه الشخصى فى حالتين بارزتين هما : حالة الاسم المسخر أو الاسم المستعار ، وحالة الوكيل بالعمولة (١) .

(١) انظر : المادة ١٩٩٧ مدنى فرنسى ، والمادة ١٧٩ مدنى المانى ، والمادة ١٧٧ مدنى اسبانى والمادتان ١١٢٧ و١٧٤٤ مدنى ايطالى ، والمادة ١٤٦١ من المجله ، –

الاسم المسخر أو المستعار : prêt - nom ويكون فى الحالات التى يحرص فيها الموكل على عدم الظهور فى التعامل مع الغير لسبب مشروع أو لسبب غير مشروع . فيظهر صاحب الاسم المسخر انه الاصيل ، وحقيقة وضعه انه وكيل .

فيحرص الموكل على الاستخفاء لسبب مشروع اذا كان يوكل الاسم المستعار لكى لا يرفع البائع مثلا السعر اذا عرف بشخص الاصيل أو قد يرفض ان يبيعه نكاية فيه . وقد يكون سبب الاستخفاء غير مشروع ، كما لو قام احد القضاة أو المحامين بشراء حق متنازع فيه ومحظور عليه شراؤه ، فيسخر اسما مستعارا لهذا الغرض تحايلا على نصوص القانون .

الوكيل بالعمولة :

وهو ايضا شخص يعمل باسمه الشخصى ولكن لحساب الموكل . واكثر ما تكون الوكالة بالعمولة فى المسائل التجارية ، حيث يرتبط المنتج بوكيل أو اكثر من الوكلاء بالعمولة ، للبحث عن أسواق لسلعته أو للبحث عن أجود الخامات التى ينتج بها السلعة .وهذه الوكالة الاصل فيها ان تكون مأجورة . وكثيرا مايقع تناقض بين مصلحة الموكل والوكيل بالعمولة : فالموكل مصلحته تقتضى ان يتحقق من وجود الطرف الاخر الذى يتعامل مع الوكيل بالعمولة حتى يستوثق من ان الوكيل بالعمولة لم يتعاقد مع نفسه ، فيبيع للموكل سلعة موجودة عنده بثمن مرتفع أو يشترى من الموكل سلعة بثمن بخس . ومن ناحية اخرى هناك مصلحة مؤكدة للوكيل بالعمولة فى ان يخفى اسماء من يتعامل معهم لان معرفة الموكل باسمائهم تعطيه فرصة التعامل معهم مباشرة ويوفر لنفسه العمولة التى يحصل عليها الوكيل بالعمولة . وازاء مصلحة الموكل التى تستوجب التحقق من وجود طرف آخر فى التعامل ، ومصلحة الوكيل بالعمولة فى عدم الافصاح عن هذا الطرف ، يكون الحل هو ان يتم ذلك بواسطة المحكمة ، فتطلع المحكمة على دفتر الوكيل بالعمولة ومستنداته وتتأكد من وجود الطرف الاخر ، وبذلك تتحقق مصلحة الموكل دون ان يضر بالوكيل .

ولكن اذا طلب الموكل ثمنا معينا للسلعة فلا مانع من ان يقوم الوكيل

بالعمولة بشراء الصفقة لنفسه بهذا الثمن ، ولكنه فى هذه الحالة لا يستحق عمولته أى اجرة ، لانه مشتر وليس بوكيل .

وعادة ما ينص فى الوكالة بالعمولة على ان يكون التعامل " بالاحسن " والمقصود بالاحسن هو اعلى سعر فى حالة التوكيل فى البيع ، واقل سعر فى حالة التوكيل فى الشراء .

وفى الحالتين (الاسم المستعار والوكيل بالعمولة) تتصرف آثار التعاقد الى ذمة الوكيل ، فتكون حقوق الصفقة له والتزاماتها عليه ، حتى ولو كان من يتعاملون معه يعلمون انه وكيل ، فليست هناك علاقة مباشرة بينهم وبين الاصيل . وعليهم ان يعتمدوا فى اقتضاء حقوقهم على ذمة الوكيل وحده ، وعلى الموكل ايضا ان يطالب الوكيل بنقل ملكية الحقوق التى تعامل عليها اليه ، ولايطالب الطرف الاخر بها . ولكن يمكن للموكل وللطرف الاخران يرجع كل منهما على الاخر بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حقوق الوكيل .

المبحث الثانى

عمل الوكيل باسم الموكل

فى غالب الاحيان يفضل الوكيل ان يعمل باسم الموكل لانه لو عمل باسمه الشخصى تحمل بالالتزامات الناشئة عن التصرف ، وهو لا يقبل عادة ان يتحملها . وقد عرفنا علاقة الموكل بالوكيل ، والتزامات كل منهما . ويبقى ان نعرض علاقة الوكيل بالغير و علاقة الموكل بالغير .

المطلب الاول

علاقة الوكيل بالغير

تنص المادة ٧١٣ مدنى على ان : " تطبق المواد من ١٠٤ الى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل " (١) .

مادام الوكيل يعمل باسم الموكل ، فلا تنصرف الى ذمته آثار التصرف بل تنصرف الى ذمة الاصيل . ويصبح الموكل هو الدائن أو المدين .

وللغير الذى تعاقد مع الوكيل ان يقيم دعواه ضد الموكل ، وليس له ان يرفع الدعوى على الوكيل الا فى حالتين : الاولى ان تكون الوكالة قد اعطيت له لمصلحتهم والثانية ان يكون مكلفا من الموكل بتنفيذ التصرف .

ويهم من يتعامل مع الوكيل ان يعرف مدى سلطة الوكيل ، لذلك يكون من الضرورى له أن يطلع على سند الوكالة ، واذا اهمل ذلك فانه قد يتعرض لبعض المشاكل سنعرض لها فيما بعد . ويكون لذلك من حق الغير ان يطلب الى الوكيل ابراز سند الوكالة بل وان يطلب منه نسخة مصدقة من سند الوكالة .

ولكن اذا كان الوكيل يعمل بلا وكالة أو كانت لديه وكالة فيتجاوز حدودها ، وتعذر لذلك تنفيذ العقد ، كان لمن تعامل مع الوكيل ان يطالبه بتعويض عن الضرر الذى لحقه من ذلك ، الا اذا كان الوكيل قد اعلمه بمضمون وكالته علما كافيا ، أو اثبت ان هذا الغير كان يعلم فعلا بمضمون هذه الوكالة ، فعندئذ لايلتزم الوكيل بتعويض . ومع ذلك قد يكون الوكيل تعهد للغير بأن يحمل الموكل على تنفيذ التصرف ، وعندئذ يتحمل بالتعويض للغير اذا اخفق فى حمل الموكل على ذلك طبقا لقواعد التعهد عن الغير .

---

(١) انظر المادة ٩٢١ من تقنين الالتزامات والعقود المغربى ، والمادة ١٧٢٥ مدنى اسبانى .

المطلب الثانى

علاقة الموكل بالغير

الموكل والغير هما الطرفان اللذان تتعلق بهما اثار التصرف . فالحقوق والالتزامات تتصرف الى ذمتهما .

ولكن يشترط لكى تنتج آثار التصرف فى ذمة الموكل ان يكون الوكيل قد عمل فى حدود الوكالة أى لم يجاوز الحدود التى رسمها له الموكل ولم يخالف تعليماته . فإذا كان الوكيل قد تعدى حدود الوكالة أو خالف التعليمات ، لم يلتزم الموكل بهذا التصرف الا فى حالات معينة هى (١) :

١- ان يقر الموكل تصرف الوكيل رغم المجاوزة : ومعنى هذا ان يكون الموكل قد علم بتجاوز حدود الوكالة أو بمخالفته تعليماته ، ومع ذلك رضى بهذا التصرف . ويكون اقرار الموكل صريحا أو ضمنيا فاذا قام الموكل بتنفيذ التزامه المتولد من هذا التصرف أو طالب الطرف الاخر بتنفيذ التزامه كان ذلك اقرارا لتصرف الوكيل .

٢- ان يفيد الموكل من التصرف : كما لو قبل الوكيل عنه هبة أو تبرعا ، فلا يجوز للموكل ان يرفض تصرف الوكيل إلا إذ كانت لديه أسباب لعدم قبول هبة الواهب كعداوة بينه وبينه ، وكذا لو باع مالا للموكل بأضعاف ثمنه ، الا اذا كانت القيمة الشخصية للشيء المتصرف فيه فى نظر الموكل تفوق كل ثمن وكان الوكيل على علم بذلك .

---

(١) انظر : المادة ١٩٩١و٢٠٠٧ مدنى فرنسى ، والمادة ٦٧١ مدنى المانى ، والمادتان ١٧٣٦و١٧٣٧ مدنى اسبانى والمادتان ١٧٦١و١٧٤٥ مدنى ايطالى ، والمادتان ١٥٢٢و١٥٢٤ من المجله ، والمادة ٩٧٢ من مرشد الحيران . وانظر ايضا : الدر المختار ٦-٣٥٩ و ٤-٥٧٧ ؛ ابن نجيم ١-١٩٢ و ٢-٥ و ٢٥٦ . وانظر ايضا :

Digeste,XVII,1,22 §11,27§2 .

٣- ان يبرم الوكيل التصرف بشروط افضل مما تضمنته تعليمات الموكل: وواضح ان الوكيل هنا قد حقق مصلحة للموكل ، فهذه صورة من صور الاستفادة التى وردت فى البند السابق .

٤- ان يبرم الوكيل التصرف بشروط اقسى مما تضمنته تعليمات الموكل ، ولكن بفرق يسير أو بفرق يتسامح فيه فى التجارة أو فى مكان ابرام العقد .

الوكالة الظاهرة : رأينا ان الاصل هو عدم انصراف اثر التصرف الى الموكل اذا كان الوكيل قد جاوز حدود الوكالة أو خالف تعليمات الموكل ، ورأينا استثناءات اربعة تبقى فيها الوكالة قائمة ، لتصب فى ذمة الموكل آثار التصرف رغم المجاوزة أو المخالفة .

ولكن فى غير هذه الحالات الاستثنائية الاربعة ، يمكن مع ذلك ان تنصرف آثار التصرف الى ذمة الموكل رغم المجاوزة أو المخالفة ايضا ، ولكن لا على اساس بقاء الوكالة الاصلية ، وانما على اساس نيابة قانونية ، اى نيابة اقامها المشرع لا الموكل ، وتلك هى الوكالة الظاهرة ، وابرز مبرر لها هو وجود مظهر خادع من جانب الموكل اوقع الغير فى التصرف .

فالوكالة الظاهرة اذن تقع فى الحالات التى يعمل فيها الوكيل بلا نيابة أو يخرج فيها الوكيل عن حدود وكالته ويكون الغير الذى تعامل معه حسن النية ، وقد اعتمد على مظهر خارجي يرجع الى الموكل تعاقد على اساسه . وهذه هى شروط توافر الوكالة الظاهرة ونبينها فيما يلى :

أولا : الوكيل يعمل بلا نيابة : ويقع ذلك اذا كانت الوكالة باطلة ، فاذا كانت الوكالة قد اعطيت لشراء دار لاعدادها للقمار أو الدعارة كانت وكالة باطلة فيما بين الوكيل والموكل ، اما عقد البيع الذى ابرمه الغير مع الوكيل على هذه الدار فلا يكون باطلا طالما ان الغير حسن النية ولا يعلم بالسبب غير المشروع الذى يهدف اليه الطرف الاخر. وقد يعمل الوكيل بلا وكالة كما اذا كانت هناك مخالصة اعدها الدائن فسرقها شخص آخر وتقدم بها الى المدين وقبض الدين . فهذا الوفاء يكون صحيحا رغم انعدام وكالة السارق وكما اذا انتهت الوكالة فترك الموكل سند الوكالة فى يد الوكيل فاستخدمه . وقد يحصل الوكيل على وكالة على بياض ثم يملؤها بأمور لم يتفق مع الموكل عليها ، فتنعدم وكالته فى هذه الامور ومع ذلك يسرى تصرفه فى حق الموكل . وقد تنتهى الوكالة دون ان يعلم بذلك الوكيل والمتعاقد معه أو علم الوكيل ولم يعلم المتعاقد معه ، كما لو عزل الموكل الوكيل أو مات الموكل . ومع ذلك ابرم الوكيل العقد ، فان آثاره تنصرف الى ذمة الموكل مادام المتعاقد مع الوكيل كان حسن النية . وقد تكون عبارات الوكالة غامضة فيستغلها الوكيل فى ابرام التصرف .

هذه حالات تقع فيها الوكالة الظاهرة ، وهى تختلف عن حالة الاستعجال أو الاسباب الخطيرة التى تدفع الوكيل الى مخالفة تعليمات الموكل أو مخالفة ما جرى عليه العرف فيبادر الى اخطار الموكل فى اقرب فرصة وينتظر تعليماته ، الا اذا كان فى الانتظار خطر على مصالح الموكل فيبادر الوكيل الى التصرف دون انتظار ، فالوكالة هنا باقية والوكيل يظل نائبا اتفاقيا وكل ماهنالك ان الظروف ومصلحة الموكل توسع من سلطاته الاصلية . اما فى الوكالة الظاهرة فالوكيل ليس نائبا اتفاقيا اما لعدم وجود وكالة أو لخروجه عليها خروجا لا تبرره الظروف ولا مصلحة الموكل .

ثانيا : الغير حسن النية : لكى تعتبر الوكالة وكالة ظاهرة يجب ان يكون من تعامل مع الوكيل حسن النية . وينظر الى حسن نيته وقت التعاقد مع الوكيل ، فاذا كان لا يعلم فى هذا الوقت بالذات انعدام صفة الوكيل انصرف أثر التصرف الى الموكل حماية لحسن نية هذا المتعاقد ، اما الوكيل فقد يكون حسن النية أو سيء النية . فاذا كان قد تعاقد وهو لا يعلم بعزله أو لا يعلم بموت

الموكل فهو حسن النية ، اما اذا كان يعلم ذلك فهو سيء النية . ولكن لا اثر لحسن النية أو سوئها في انصراف اثر العقد الى الموكل ، فالموكل يتحمل بالالتزامات الناشئة عن التصرف ويفيد بالحقوق المترتبة عليه سواء كان الوكيل حسن النية أو سيئها ، وانما يظهر اثر سوء نية الوكيل في ان يكون للموكل الحق في الرجوع عليه بالتعويض عن الاضرار التي اصابته من جراء تصرفه .

ولكن اذا كان المتعاقد مع الوكيل يعلم بعزل الوكيل أو موت الموكل فانه يصبح سيء النية ، فلا ينصرف اثر تعاقده مع الوكيل الى الموكل ، ويستوى هنا ايضا ان يكون الوكيل حسن النية أو سيئها .

ورغم ان الاصل في القواعد العامة ان حسن النية مفترض ، الا ان هذه القاعدة لا تنطبق هنا ، لان المتعاقد عليه ان يتحقق من صفة الوكيل الذى يتعاقد معه ، وظاهر الحال انه اهمل ذلك ، ولذلك يكون عليه ان يثبت حسن نيته ، اى ان يثبت انه لم يكن يتسنى له ان يعلم ببطلان أو انعدام أو مجاوزة الوكالة أو غموضها . وخير ما يسعفه في اثبات حسن نيته المظهر المنسوب الى الموكل ، وننتقل الى بيانه الان .

ثالثا : وجود مظهر مضلل يرجع الى الموكل : لو ان الامر اقتصر على حسن نية الغير لما كان هناك وجه لا يثار مصلحته على مصلحة الموكل ، بل لكان اقصى ما يمكن التسليم له به هو حق الرجوع على الوكيل الذى ورطه في التعاقد ، أو ان تنصرف اثار التعاقد الى الوكيل اما انصراف اثر العقد الى الموكل فلا يكفى فيه حسن نية الغير ، وانما يجب ان يقترن ذلك بمظهر خارجي مضلل ينسب الى الموكل ، ففى حالة بطلان الوكالة يلزم الموكل بالتصرف لان هذا البطلان نتيجة فعل الوكيل والموكل أو على الاقل يتعلق بهما ولا ذنب للغير فيه ، وفى حالة سرقة المخالصة واستيفاء الدين بها يكون الدائن هو الذى تسبب في ايجاد المظهر الخارجي المضلل بالمخالصة التي أعدها ووقعها ، وفى حالة العبارات الغامضة يكون الموكل هو الذى أوجد مظهرا خارجيا مضللا بعباراته غير الواضحة ، وفى حالة الوكالة على بياض يكون الموكل هو الذى أوجد المظهر الخارجي اذ ترك الوكالة على بياض ولم يحدد فيها سلطة الوكيل ، وفى

حالة وجود اتفاقات سرية بين الوكيل والموكل أو تحفظات على الوكالة يكون الموكل هو الذى أوجد المظهر الخارجى المضلل الذى أوقع الغير فى التعاقد لعدم علمه بهذه التحفظات أو تلك الاتفاقات ، وهكذا . ويستوى أن يكون الموكل مقصرا فى ايجاد المظهر الخارجى أما غير مقصر ، فالنتيجة واحدة فى الحالتين وهى الزامه بالتصرف كما لو كان أعطى وكالة صحيحة حقيقية أو كما لو كان هو الذى ابرم التصرف بنفسه . فاذا طالبه الغير بتنفيذ التصرف لم يكن له ان يمتنع عن ذلك . والغرض من الزام الموكل بالتصرف هو مصلحة الغير . فاذا تراءى للغير الا يتمسك بالتصرف كان له أن يحل الموكل منه .

وليس هناك وقت محدد للتمسك بالوكالة الظاهرة فيمكن فى أى وقت التمسك بها الى أن تنقضى الالتزامات المترتبة على التصرف .

ولا يتحمل الموكل مسئولية عن خطأ الوكيل اذا لم تتوافر شروط الوكالة الظاهرة . فاذا كان شخص قد زور مخالصة ونسبها الى الدائن واقتضى بواسطتها الدين ، فلا يوجد هنا مظهر خارجى يعزى الى الدائن فيؤخذ به ، لذلك لا ينصرف أثر الوفاء الى الدائن ، ويكون له أن يستوفى الدين من المدين مرة اخرى ، وللمدين ان يرجع على من اقتضى منه الدين . كذلك اذا ارتكب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة وكانت عقوبة هذا الخطأ الغرامة فالوكيل هو الذى يتحمل هذه الغرامة وليس له الرجوع بها على الموكل ، وليس للحكومة مطالبة الموكل بها ، الا اذا كان هناك نص قانونى يجعل الموكل مسئولا عن الغرامة أو متضامنا مع وكيله فى ادائها .

الفصل الثالث

انتهاء الوكالة

اهم حالات انتهاء الوكالة هى : انقضاؤها بالتنفيذ أو استحالة التنفيذ وانقضاؤها بسبب تحقق أو تخلف الشرط أو انعدام الاجل ، وانتهاؤها بتنحية الوكيل أو تنحيه وانتهاؤها بالوفاة أو فقد الاهلية ، وانتهاؤها بالفسخ لإخلال احد الطرفين بالتزاماته .

وسنقسم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الاول : تنفيذ الوكالة واستحالة تنفيذها .
المبحث الثانى : الانتهاء بسبب الشرط والاجل .
المبحث الثالث : عزل الوكيل وتنحيه .
المبحث الرابع : الموت وفقد الاهلية .

المبحث الاول

تنفيذ الوكالة واستحالة تنفيذها

تنتهى الوكالة باتمام الوكيل للعمل الذى تعهد به ، وتقدير ما اذا كان العمل قد انتهى ام لا ، مسألة تخضع لتقدير القاضى (١) .

فاذا كلف الوكيل بتوقيع عقد أو ابرامه انتهت الوكالة بتوقيعه ، واذا كلف محام بالمرافعة فى دعوى انتهت الوكالة بصدور الحكم فيها . والواقع ان انتهاء العمل لا يكفى بذاته لانهاء الوكالة ، بل يجب ان تنفذ الالتزامات الاخرى حتى

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه : ج ١١ - فقرة ١٤٨٩ - ص ٩٣٣ : السنهورى : ج ٧ - فقرة ٣٢٥ - ص ٦٥٠ .

تنقضى الوكالة ، فيجب على الوكيل ان يقدم حسابا عنها وأن يرد الى الموكل الاموال التى يكون قد تسلمها أو حصلها لحسابه ، ويجب على الموكل أداء أجر الوكيل .

كذلك تنتهى الوكالة باستحالة تنفيذها لسبب خارج عن ارادة الوكيل والموكل . فاذا وكل شخص شخصا آخر فى بيع كمية من الاخشاب ولكنها احترقت قبل بيعها ، انتهت الوكالة باستحالة تنفيذها استحالة مادية . واذا وكل شخصا فى ادارة مال ثم صدر حكم بوضعه تحت الحراسة القضائية ، فان الوكالة تنتهى باستحالة التنفيذ استحالة قانونية (١) .

ولايستحق الوكيل أجرا فى الوكالة المأجورة اذا كان لم ينفذ الوكالة اصلا، ويستحق أجرا بنسبة ما قام به فى حالة اتمامه جزءا من العمل المطلوب . ولكن ليس له أن يرجع على الموكل بتعويض عما فاته من الأجر . وليس للموكل أن يرجع عليه كذلك بتعويض عن الاستحالة ، إلا اذا كانت الاستحالة راجعة الى فعل أحدهما فيكون للاخر الرجوع عليه بالتعويض .

كذلك تنتهى الوكالة باخفاق الوكيل وفشله فى القيام بالعمل المطلوب رغم بذله العناية ، وهذا لا يؤثر على أجره واستحقاقه اياه ، الا اذا كان قد التزم بالوكالة التزاما بنتيجة .

المبحث الثانى

الانتهاء بسبب الشرط والاجل

قد تكون الوكالة معلقة على شرط واقف ، فلا تنشأ الا اذا تحقق الشرط ، وقد تكون معلقة على شرط فاسخ ، فاذا تحقق الشرط الفاسخ زالت الوكالة ، ووجب على الوكيل أن يقوم باعداد الحساب عما تم ورد أموال الموكل اليه .

---

(١) السنهورى : ج ٧ – فقرة ٣٢٧ – ص ٦٥٢ .

وقد تكون الوكالة مضافة الى أجل تنتهى بانتهائه . وقد يكون هذا الاجل محددا وقد يكون غير محدد . فالوكالة قد تكون مضافة الى اجل محدد كأن تكون لمدة شهر أو سنة أو أكثر . وقد يراد بهذا الاجل ان تنتهى فعلا بانتهائه ، فلا يجوز للوكيل ان يستمر بعد انتهاء الاجل فى عمله ، وقد لا يراد بتحديد الاجل سوى تقدير تقريبى للمدة التى يتم فيها العمل أو لحث الوكيل على الانجاز (١) ، وهنا يمكن للوكيل أن يستمر فى تنفيذ الوكالة بعد انتهاء الاجل ويكون مسئولا عن التأخر الذى وقع منه فى تنفيذها . والمحكمة هى التى تستخلص من ظروف الواقعة ما اذا كانت النية المشتركة للمتعاقدين على الوكالة قد اتجهت الى انتهائها بفوات الاجل ام الى الاستمرار فى تنفيذها الى النهاية المطلوبة .

وقد تضاف الوكالة الى اجل غير محدد ، كما لو اعتبرت سارية حتى موت الموكل أو الوكيل ، فالموت أجل غير محدد .

وقد تصبح الوكالة عقدا زمنيا اذا قيست بمقياس المدة ، فاذا انتهت المدة واستمر الوكيل فى تنفيذ الوكالة دون اعتراض من الموكل تجددت تجديدا ضمنيا كما يقع فى عقود الايجار (٢) .

ومتى انتهت الوكالة بانقضاء الاجل وجب على الوكيل ان يكف عن العمل ، ولا يسرى فى حق الموكل تصرف ابرمه بعد انتهاء الاجل الا اذا توافرت فيه شروط الوكالة الظاهرة ، واذا كان تاريخ التصرف عرفيا فهو حجة على الموكل الذى لا يعتبر هنا من الغير ، ومع ذلك يجوز أن يثبت ان التاريخ قد قدم ليعتبر التصرف حاصلا قبل انقضاء الوكالة ، ويجوز هنا الاثبات بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه : ج ١١ - فقرة ١٣٨٩ و ٩٣٣ ؛ السنهورى : ج ٧ - فقرة ٣٢٥ - ص ٦٥٠ .

(٢) السنهورى : ج ٧ - فقرة ٣٢٦ - ص ٦٥١ .

(٣) السنهورى : ج ٧ - فقرة ٣٣٢ - ص ٦٦٦ وما بعدها .

المبحث الثالث

عزل الوكيل وتنحيه

من حق الموكل ان يعزل الوكيل فى أى وقت ، وهذا الحق متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته ، واذا اشترط الوكيل انه لا يجوز للموكل عزله كان شرطا باطلا عديم الاثر ، وحتى لو كان الوكيل مأجورا فان من حق الموكل عزله . ولكن يستثنى من هذا الاصل أن الوكالة اذا كانت قد أعطيت لصالح الوكيل نفسه أو لصالح الغير فلا يجوز للموكل ان يلغيها الا بموافقة الوكيل أو الغير حسب الاحوال . وتكون الوكالة لصالح الوكيل اذا كان المؤمن له قد وكل شركة التأمين فى الدعوى المرفوعة عليه بسبب الخطر المؤمن منه فان الوكالة تكون لصالح الشركة الوكيلة كذلك . واذا كان الوكيل يتمتع بشرط القصر ، فلا يجوز للموكل عزله أثناء مدة تمتعه بهذا الشرط (١) .

وعزل الوكيل أو الغاء الوكالة يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا . ويعتبر الغاء ضمنيا للوكالة أن يقوم الموكل بتعيين وكيل آخر ويكفله منفردا بالقيام بالعمل بحيث لا يمكن تنفيذ الوكالة الأولى مع الوكالة الجديدة ، أو أن يتولى الموكل بنفسه القيام بالعمل وانجازه . والغاء الوكالة تصرف بارادة منفردة من جانب الموكل . يخضع للقواعد العامة فى الارادة المنفردة ، ولا يشترط فيه شكل معين ، حتى أنه ليجوز ضمنيا كما نرى . ولا ينتج الالغاء أثره إلا باستلام الوكيل أياه .

---

(١) اوبرى ورو واسمان : طبعة ١٩٧٥ - ج ٦ -ص ٢٨٥ - هامش ٤٧ . وانظر: المادة ٢٠٠٤ مدنى فرنسى ، والمادة ٦٧١ مدنى المانى ، والمادة ١٧٣٣ مدنى اسبانى ، والمادة١٧٥٨ مدنى ايطالى والمادة ٣٦٦ تجارى ايطالى ، والمادة ١٥٢١ من المجله والمادة ٩٧٠ من مرشد الحيران ؛ وانظر ايضا : خليل ٤-٢٢٠ و٢٤٥ ؛ الدر المختار ٦-٣٥٦ و٤-٥٧٦ ، ابن نجيم ١-١٩٢ و٢-٥ ؛ ابن فرحون ١-١٢٤ ؛ التسولى ١-١٨١ و٢١٥ ؛ التاودى ١-١٨٠ و٢١٦ . وانظر ايضا :
Digeste, XV, 4, 1§2; XVII, 1,12§16,15,26pr. ;
Institut. III, 26§9

ويلاحظ أنه اذا تطلب القانون شكلا معينا لإنشاء الوكالة وانعقادها ، فان نفس هذا الشكل يجب مراعاته فى إلغائها واذا تعدد الموكلون فى صفقة واحدة فلا يجوز الغاء الوكالة إلا بموافقتهم جميعا . ومع ذلك اذا كانت قابلة للتجزئة فيجوز الالغاء من أحدهم بالنسبة الى نصيبه من الصفقة فقط . واذا كانت هناك وكالة عن شركة من شركات التضامن ، فان الشريك الذى يحق له اعطاء الوكالة هو الذى يملك إلغاءها .

ويجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بشرط أن يخطر الموكل وأن يتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على مصالح الموكل محافظة تامة الى أن يتمكن الموكل من رعايتها بنفسه (١) فاذا لم يسر الوكيل بمصالح الموكل على هذا النحو كان مسئولا عما يصيب الموكل من ضرر فيها . ومن ناحية أخرى يجب ان يختار الوكيل وقتا مناسبا للتنحى عن الوكالة ، والا فإن تنحيه فى وقت غير مناسب للموكل يعتبر تعسفا فى استعمال حقه فى التنحى اذا كان يقصد به تحقيق مصالح غير مشروعة أو تنحى لاجل مصالح قليلة الاهمية لا تتناسب مع مايصيب الموكل من ضرر بسببها ، أو تنحى لمجرد الاضرار بالموكل .

واذا كانت الوكالة قد اعطيت لمصلحة الغير فلا يجوز للوكيل التنحى إلا بموافقة هذا الغير أو لاجل عذر مقبول كالمرض . وفى هذه الحالة يجب ان يخطر الغير الذى اعطيت الوكالة فى مصلحته بتنازله ، وان يمنحه اجلا معقولا ليتدبر خلاله أمره على ما تقتضيه ظروف الحال .

ويترتب على عزل الوكيل الاصلى أو موته ، عزل الوكيل من الباطن أو نائب الوكيل . غير ان هذا الحكم لا ينطبق اذا كان نائب الوكيل قد عين باذن من الموكل ، أو كانت للوكيل الاصلى صلاحيات تامة فى التصرف أو كان مأذونا فى أن يحل غيره محله .

---

(١) انظر : المادتين ١٩٩١ و ٢٠٠٧ مدنى فرنسى ، والمادة ٦٧١ مدنى المانى والمادتان ١٧٣٦ و١٧٣٧ مدنى اسبانى والمادتان ١٧٦١ و١٧٤٥ مدنى ايطالى ، والمادتان ١٥٢٢و١٥٢٤ من المجله ، والمادة ٩٧٢ من مرشد الحيران . وانظر ايضا : الدر المختار ٦-٣٥٩ و٤-٥٧٧ ؛ وابن نجيم ١-١٩٢ ؛ ٢-٥ و٢٥٦ . وانظر ايضا :
DIGESTE, XVII, 1, 22§ 11, 27§2.

ولا يترتب على عزل الوكيل أو على انقاص سلطته ، اى مساس بحقوق الغير الذين يتعاملون معه ماداموا لا يعلمون ذلك ، وقد سبق بيان ذلك فى الوكالة الظاهرة وان آثار هذه التصرفات تنصرف الى ذمة الموكل . لذلك يكون من مصلحة الموكل عادة أن يخطر من يتعاملون مع الوكيل بالعزل أو بالحدود الجديدة لسلطة الوكيل لمراعاتها فى التعاقد معه .

واذا وقع عزل الوكيل أو تنحيه فى وقت غير لائق وبغير مبرر مشروع فانه يجوز مطالبة أحدهما للاخر بالتعويض . فيجوز للموكل أن يطالب الوكيل بتعويض عن تنحيه عن تنفيذ الوكالة ، ويجوز للوكيل ان يطالب الموكل بتعويض عن عزله اياه . وهذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية عن العزل أو التنحى (١) .

المبحث الرابع

الموت وفقد الاهلية

تقوم الوكالة عادة على الاعتبار الشخصى ، لذلك فهى تتأثر بموت الموكل وبموت الوكيل . فاذا مات الموكل انتهت الوكالة فتزول صفة الوكيل ونائبه . وكذلك الامر اذا فقد الموكل اهليته أو أفلس . ولكن اذا كانت الوكالة قد أعطيت لصالح الوكيل أو لصالح الغير فانها تبقى سارية حتى يتم العمل رغم موت الموكل أو فقده الاهلية . كذلك اذا كان من شأن الوكالة ان تبقى بعد موت الموكل أو ألا يبدأ تنفيذها الا بعد موت الموكل كما هو الشأن فيمن يقومون بتنفيذ وصية

---

(١) انظر : المواد ١٩٩١ و٢٠٠٥ و٢٠٠٨ و٢٠٠٩ مدنى فرنسى والمواد ١٧٠و١٧٣و٦٧٢ مدنى المانى والمادة ١٧٣٩ مدنى اسبانى ؛ والمادة ١٧٦٢ مدنى ايطالى ، والمادتان ١٥٢٣ و١٥٢٥ من المجله والمادة ٩٧٣ من مرشد الحيران . وانظر ايضا : خليل ٤-٢٦٣ ؛ التسولى ١-٢١٥وابن نجيم ٢-١٣٩ ؛ الدر المختار ٤-٣٥٩ . وانظر ايضا :
DIGESTE, XLVI,3, 12§2, 18, 32, 34§3, 35, 51; XVII, 1, 126§1. Institut. III, 26§9

الموكل بعد وفاته . ويعتبر فى حكم وفاة الموكل انتهاء الشركة أو حلها . وتتصرف آثار التصرف الى ذمة الموكل بحكم القانون اذا كان الوكيل ومن يتعاقد معه يجهلون وفاة الموكل أوانقضاءالوكالة.

واذا انقضت الوكالة بوفاة الموكل أو افلاسه أو نقص اهليته فان الوكيل يجب عليه ان يتم العمل الذى بدأه لصالح الموكل فى حدود ما هو ضرورى اذا كان فى تأخيره خطر ، وان يتخذ كل ما تقتضيه الظروف من اجراءات لصيانة مصالح الموكل اذا لم يكن له وارث كامل الاهلية أو لم يوجد له أو لوارثه نائب قانونى . ولما كان عمل الوكيل هنا بعد أن انتهت الوكالة بموت المورث لا يستند الى الوكالة ذاتها فان المصروفات التى ينفقها يحق له استردادها لا على اساس الوكالة ولكن طبقا لاحكام الفضالة . ولكن إذا أخطر الوكيل الورثة بأنه سيستمر فى تنفيذ الوكالة إلى أن يتمكنوا من القيام بها بأنفسهم كان له أن يطالبهم بالمصروفات سواء فى أموال التركة أو فى أموالهم.

أما اذا مات الوكيل ، فانه يجب على ورثته ان كانوا عالمين بالوكالة أن يبادروا بإعلام الموكل بالوفاة وان يحافظوا على وثائق ومستندات الموكل اذا كانوا بالغين أو كان لهم وصى . اما اذا كانوا من القصر وليس لهم وصى فلا يطالبون بذلك . واذا فقد الوكيل الاهليه فانه لا يكون أهلا للالتزامات المترتبة على عقد الوكالة فتنتهى الوكالة ولو كان اهلا للتصرف الذى وكل فيه .

الفصل الرابع

وكالة المحامى عن المتقاضين

للوكالة التى تصدر من التقاضى إلى المحامى أعتبارات خاصة لاتتوافر فى غيرها لذلك نوضح هنا من خلال عرض أحكام محكمة النقض الجوانب التى تتميز بها وكالة المحامى .

ـ فقد قررت محكمة النقض بتاريخ ١٨/ ٤ / ١٩٣٥ (طعن رقم ٥٠ لسنة ٤ق) إمكان الوكالة الشفوية قائلة أن :

" المحامى الذى يحرر صحيفة أفتتاح الدعوى أو عريضة الآستئناف ويعلنها للخصم بغير أن يكون بيده حينئذ توكيل ممن كلفه لايمكن ـ بحسب العرف الجارى ـ أعتبار أنه لم تكن له صفه فى عمل الورقة لمجرد أن التوكيل الذى أعطى له من ذى الشأن لم يحرر الا بعد تاريخ أعلان الورقة المذكورة ، بل يجب ـ مجاراة للعرف ـ أعتبار تلك الورقة صادرة فعلا من ذوى الشأن فيها منتجة لكل آثارها وغاية الأمر أن صاحب الشأن أن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أو لم يرسل عنه وكيلا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية ، سواء أكان هو المحامى الذى الشأن فى الورقة أم كان محاميا آخر خلافه . فأن المعول عليه الوحيد فى حفظ حقوق الخصوم هو ما خوله القانون لهم من حق طلب أبطال المرافعة . أما الطعن فى صفة المحامى لحضوره أول مرة من غير توكيل أن فقده صفة النيابة ينسحب إلى وقت تحرير الورقة وأعلانها وأستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك فى الورقة ولم يرض بها فكل هذا تجاوز فى الأستدلال ضار بحقوق الناس لما فيه من التدخل بغير موجب فى علاقة ذوى الشأن بوكلائهم تلك العلاقة التى لايجور للقضاء التدخل فيها الا فى صورة أنكار ذى الشأن لوكالة وكيله " .

ـ كما قررت فى حكم لها بتاريخ ١٦ /١ /١٩٣٦ بشأن الوكالة الشفوية أيضا (طعن رقم ٤٨لسنة ٥ق) أنه :

---

(١) هذه الأحكام أوردها الأستاذ عبدالمنعم حسنى فى موسوعته الذهبية لأحكام النقض فى نصف قرن الجزء ٨ ص ٧٤٧ إلى ٧٨٩ .

" أذا حصلت محكمة الأستئناف تحصيلا واقعيا أن محاميا كان يباشر إجراءات الدعوى والمرافعة فيها شفهيا أو بالكتابة عن بعض الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى وأمام محكمة الدرجة الثانية أيضا فلا تدخل لمحكمة النقض فى تحصيلها هذا . وإذا كيفت هذا الحاصل بأفادته المعنى القانونى للوكالة بالخصومة عن ذلك البعض فلا خطأ فى حكمها " .

– وفى تقرير حق المحكمة فى أستخلاص مدى صلاحية الوكالة للتقرير بالطعن بالنقض قالت فى حكمها بتاريخ ٢ / ٥ /١٩٤٠ (طعن رقم ٨٧ لسنة ٩ ق) أنه :

" إذا لم يكن التوكيل صريحا فى تخويل المحامى أن يطعن نيابة عن الوكيل بطريق النقض فللمحكمة أن تحصل ذلك من عبارة التوكيل والملابسات التى حرر فيها " .

– ولم تشترط محكمة النقض أن يكون التوكيل بالطعن بالنقض مقدما ضمن المستندات عند تقديم الطعن بل يجوز الطعن دون تقديمه فقالت فى حكمها سالف الذكر :

" إن التوكيل الذى يحرر للمحامى ليقرر بالطعن ليس من المستندات المعنية فى المادة ١٨ من قانون محكمة النقض لعدم تعلقه بالطعن ذاته إذ الغرض منه ليس إلا مجرد إثبات صفة المقرر بالطعن . ولذلك فأن هذا التوكيل إذا لم يكن قدم وقت التقرير بالطعن يجوز تقديمه عند الأعتراض على الصفة "

ومع ذلك فإن التوكيل يجب أن يكون سابقا فى التاريخ على تاريخ التقرير بالطعن وإلا أنتفت صفة المحامى فيه.

– وبشأن رسمية التوكيل الصادر للمحامى وآثار تخلفها قالت فى حكم بتاريخ ٢١ / ١ / ١٩٤٣ (طعن رقم ٣٥ لسنة ١٢ ق) :

" إن تمثيل المحامى للخصم فى الجلسة يجب عملا بنص المادة ٢٦ من قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ — أن يكون بمقتضى توكيل رسمى أو مصدق على التوقيع عليه . فإذا لم يكن بيد المحامى توكيل من هذا القبيل كانت

المحكمة على حق إذا هى أعتبرت الخصم الذى جاء المحامى ليمثله غائبا وقضت فى الدعوى على هذا الأعتبار ".

ـ كما قضت بشأن أثبات هذه الوكالة فى حكم آخر بتاريخ ٩ / ٥ / ١٩٤٦ (طعن رقم ٨٢ لسنة ١٥ ق) :

" بأنه إذا حضر محام فى الجلسة عن أحد الخصوم أمام المحكمة الأستئنافية ولم يثبت وكالته عنه طبقا لما يوجبه قانون المحاماه ، ولم يقم الدليل بعد على توافر الصفة للمحامى وقت حضوره ، فالحكم الذى يكون قد صدر يعتبر غيابيا بالنسبة إلى هذا الخصم : وأذا هو طعن فيه بالمعارضة وقضى فيها بالغائه فلا يبقى له وجود ولذلك لايصح الطعن على الحكم فى المعارضة بأنه صدر على خلاف حكم حاز قوة الأمر المقضى".

وهذان الحكمان ينطبقان على وكالة المحامى فى درجات التقاضى السابقة على النقض .

ـ والوكالة الصادرة من الزوج للمحامى لاتسرى فى حق الزوجة ، فقد قررت محكمة النقض فى ١٩٥٤/١١/١١ (طعن رقم ١٤١ لسنة ٢١ ق) أن :

" مجرد حضور المحامى بصفته وكيلا بالحضور عن أحد الخصوم لايضفى بذاته على المحامى جميع الصفات التى قد تكون لموكله إلا أن يكون هذا الخصم الحاضر قد فوضى بهذه الصفات . ذلك لأن المحامى لايمثل إلا من صرح بقبول تمثيله وقبل هو أن يمثله وأثبت هذه الوكالة عنه أمام المحكمة (م ٨٢ مرافعات) . وأذن فمتى كان التوكيل الصادر إلى المحامى قد صدر له من أحد خصوم الدعوى عن نفسه وبصفته وكيلا عن زوجته المختصمة فى نفس الدعوى ، وكان المحامى إذ حضر بالجلسة لم يستعمل هذا التوكيل إلافى خصوص نيابته عن الزوج ، فأنه لايسوغ القول بأن أثر حضور المحامى عن هذا الخصم ينسحب إلى زوجته بمجرد أن سند التوكيل الصادر له من الزوج الذى أثبت عنه كان يبيح له أن يمثلها " .

وغنى عن البيان أن المحامى فى مثل هذه القضية يتحمل المسئولية عن إغفاله الدفاع عن زوجة الموكل الذى أعطاه الصفة عنها فلم يستخدمها لصالحها.

ـ وفـى حكم بتـاريخ ٦ / ١٢ / ١٩٥٦ (طعن رقـم ١٤٥ لسـنة ٢٣ق) قررت محكمة النقض جواز انفراد أحد المحامين الموكليـن فـى التقريـر بـالطعن بالنقض فقالت :

" أنه إذا صدر التوكيل بالطعن من الطاعن إلى عدد من المحامين وصـرح لهم بالقيام بما نص عليه عقد التوكيل مجتمعيـن أو منفرديـن فإنـه يجـوز لأحدهـم الإنفراد بالتقرير بالطعن بطريق النقض " .

ـ وأضافت فى حكم ٢٧ / ٢ / ١٩٥٨ (طعن ٣٥١ لسنة ٢٣ق) أنه :
" متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لعدة محامين فأنـه يجـوز أنفـراد أحدهـم بـالتقرير بـالطعن لأن قـانون المرافعـات قـد خـرج فـى الوكالـة بالخصومة عن القاعدة العامة التى قررتها المادة ٧٠٧ من القانون المدنـى فنص فـى المـادة ٨٥ مـن قـانون المرافعـات علـى أنـه إذا تعـدد الوكـلاء جـاز لأحدهـم الأنفراد بالعمل فى القضية مالم يكـن ممنوعـا مـن ذلـك بنـص التوكيـل ولامحـل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير فى الدعوى بعد إقامتها " .

ـ ورتبت محكمة النقض علـى تسلسـل التوكيـلات وجـوب أن تكـون ثابتـة فإذا أختل أحدها لم يقبـل الطعـن شـكلا فقـالت فـى حكـم بتـاريخ ٧ / ٣ / ١٩٥٧ (طعن ١٠٥ لسنة ٢٣ق) :

" أنه إذا كان محامى الطاعن قد قرر بالطعن فى قلـم كتـاب هـذه المحكمـة بصفته وكيلا عن وكيل الطاعن دون أن يقدم التوكيـل الصـادر مـن الطـاعن إلـى وكيله فإن الطعن يكون غير مقبول شكلا " .

ـ وقررت محكمة النقض (حكـم ١٧ / ١٠ / ١٩٥٧ ـ طعن رقـم ٦٩ لسـنة ٢٣ق) أن للمحـامى الوكيـل فـى خصومـة أن يعطـى التكييـف القـانونى للدعوى ، فقالت أنه :

" إذا قرر محامى الشريك فى دعوى ريع رفعت ضده من بـاقى شـركائه ، أنه وكيل عنهم على الشيوع وأن الدعوى التى توجه إليه يجب أن تكـون دعـوى حساب ـ لايعتبرإقرارا بحـق يستلزم توكيـلا خاصـا مـن موكلـه وإنمـا هـو مـن وسائل الدفاع المخولة للمحامى بمقتضى التوكيل الصادر إليه من موكلـه ترتبـط

أرتباطا وثيقا بسلطته فى إعطاء التكييف القانونى للدعوى وإتخاذ أجراءات الدفاع التى يراها مما ينطوى عليه ذلك التوكيل ".

ــ ولايشترط فى وكالة الخصم الكتابية للمحامى أن تكون سابقة على الإجراء الذى يتخذه إلا إذا نص القانون على ذلك فقد قررت محكمة النقض فى حكمها بتاريخ ٢ / ٤ / ١٩٥٩ (طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ق) :

" أنه وأن كان القانون يشترط فى الوكالة بالخصومة أن تكون بالكتابة ويتطلب تقديم سند التوكيل لأثبات الوكالة ــ إلا أنه متى أقر الخصم ــ الحاضر مع المحامى بالوكالة فإن فى هذا يكفى دليلا فى الأثبات فلا يجوز للقضاء التصدى لعلاقة ذوى الشأن بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ــ فإذا باشر المحامى إجراء قبل أن يستصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه أن التوكيل لا حق على تاريخ الإجراء ــ مالم ينص القانون على خلاف ذلك ــ وغاية الأمر أن صاحب الشأن أن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أو لم يرسل عنه وكيلا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية جاز لخصومه محافظة على حقوقهم إبداء الطلبات التى يجيزها لهم القانون فى هذا الخصوص".

ــ ومن الحالات التى أوجب فيها القانون ان تسبق الوكالة الإجراء الخاص بالتقرير بالطعن فى بالنقض ، ففى حكم ١١ / ٦ / ١٩٥٩ (طعن ١٥٦ لسنة ٢٥ ق) قررت مايلى :

" توجب المادة ٤٢٩ من قانون المرافعات أن يكون المحامى الذى يقرر الطعن بالنقض موكلا عن الطالب وإلا كان الطعن باطلا وحكمت المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه ــ فإذا كان الثابت أن المحامى المقرر بالطعن بطريق النقض لم يقدم ما يثبت وكالته عن أحدى الطاعنتين فأن التقرير بالطعن عنها يكون باطلا لصدوره من غير ذى صفة ".

ــ ومع ذلك فقد أقرت صحة الطعن إذا كان المحامى الذى قرر به مقبولا أمامها وقت التقرير به ولو لم يكن مقبولا أمامها وقت أن صدر إليه التوكيل فقالت فى حكم ١٩٥٩/٦/٢٥ (طعن رقم ٩ لسنة ٢٧ ق) أنه :

" لما كان كل ما تقتضيه المادة ٤٢٩ من قانون المرافعات أن يوقع تقرير

الطعن بالنقض محام مقبول أمام محكمة النقض بوصفه وكيلا عن الطاعن فإن مفاد ذلك هو وجوب تحقيق هذا الشرط وقت التقرير بالطعن بالنقض ولو لم يكن المحامى الذى قرر به مقبولا أمام محكمة النقض وقت صدور التوكيل له - ذلك أن العبرة فى تحديد نطاق التوكيل وبيان سلطات الموكل بالوقت الذى يجرى استعمال التوكيل فيه بتنفيذ العمل المشار إليه به . فإذا كان المحامى الذى قرر بالطعن بطريق النقض - وقت صدور التوكيل - مقيدا بجدول المحامين لدى المحاكم الشرعية ولم يكن مقبولا أمام محكمة النقض ، وكان الثابت أن عبارة التوكيل تخول له حق التقرير بالطعن بطريق النقض ولم يحدد التوكيل بقيد زمنى ولم يعدل عنه فهو ينصرف إلى الحال والاستقبال على السواء - لما كان ذلك وكانت المادة العاشرة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تجيز المرافعة أمام محكمة النقض للمحامين المقبولين أمام المحكمة العليا الشرعية بالنسبة للدعاوى التى كانت أصلا من أختصاصها وكان النزاع فى الدعوى الراهنة مما أختصت به المحاكم الشرعية أصلا وأحيل بعد ألغائها إلى المحاكم الوطنية ، وكان المحامى الذى تقدم عن الطاعنين بالتقرير بموجب التوكيل المشار إليه هو نفسه الذى كان يحضر أمام المحكمة العليا الشرعية عند نظر الدعوى أمامها - فإن التقرير بالطعن يكون قد قدم من ذى صفة " .

- ولم تعترف محكمة النقض للتوكيل الذى صدق عليه القائم بأعمال سفارة أجنبية فى مصر بأية قيمة فى الطعن بالنقض فقالت فى حكم ١٩٦٠/٥/٢٦ (طعن رقم ٢٤ لسنة ٢٧ ق) ما يلى :

" نصت المادة ٤٢٩ من قانون المرافعات على أن الطعن بطريق النقض يحصل بتقرير يكتب فى قلم كتاب محكمة النقض ويوقعه المحامى المقبول أمامها الموكل نيابة عن الطالب - ومؤدى ذلك أن التوكيل بالطعن يعتبر من الاجراءات المتعلقة بالطعن - كما نصت المادة ٢٢ من القانون المدنى على أن يسرى على جميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تباشر فيه تلك الاجراءات فإذا كان يبين من الاطلاع على التوكيل الصادر إلى المحامى المقرر بالطعن أنه حرر فى مصر وصدر من الموكل لاتخاذ اجراءات الطعن الحالى بموجبه فإن هذا التوكيل يتعين أن يتم وفقا لما يتطلبه القانون المصرى ، ولما كانت المادة٢٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ أوجبت أن يتم التوكيل أما بورقة رسمية أو بورقة عرفية بشرط أن يصدق فيها على الأمضاء وكانت المادة ٣ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ تنص على أن تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات عدا

ما كان منها متعلقا بالحقوق الشخصية مما يفيد أنه متى كان التوكيل محررا فى مصر فانه يتعين أن يكون موثقا من أحد هذه المكاتب ، وكان يبين من الاطلاع على التوكيل أنه لم يصدق عليه من أى مكتب من مكاتب التوثيق فى مصر ، فإنه لايعتبر توكيلا موثقا وفقا لأحكام القانون المصرى - وعلى ذلك فلا محل للاعتداد فى هذا الخصوص بما ذيل به هذا التوكيل من أعتماد القائم بأعمال السفارة اليونانية لإمضاء الموكل عليه ، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبول الطعن ".

ـ وإذا كان الأصيل قد وكل شخصا آخر فى توكيل محام للطعن بالنقض صح التوكيل الصادر من هذا الشخص الآخر للمحامى ، فقالت محكمة النقض فى حكمها بتاريخ ١٩٧٠/٣/١٩ (طعن رقم ١٧ لسنة ٣٦ ق) أن :

" كل ما تشترطه المادة ٧ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض هو أن يوقع على تقرير الطعن بالنقض محام مقبول أمام محكمة النقض وموكل عن الطاعن ، ولم يشترط أن يصدر التوكيل إلى هذا المحامى من الطاعن مباشرة أو من محام آخر مقبول أمام محكمة النقض ، وعلى ذلك فإنه يكفى أن يصدر التوكيل للمحامى من وكيل الطاعن المصرح له بتوكيل محامين للطعن بالنقض نيابة عن موكله " .

ـ وبررت محكمة النقض ضرورة توافر صفة المحامى بالنقض عند اجراء هذا الطعن بأنها لا تنظر إلا المسائل القانونية ، فقالت فى حكم ١٩٧١/٢/٨ (طعن رقم ٣ لسنة ٣٩ ق) ما يلى :

" أوجب قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى المادة ٢٥٣ منه على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض فى القيام بالاجراءات وفى المرافعة أمامها ، والحكمة فى ذلك أن هذه المحكمة لا تنظر إلا فى المسائل القانونية ، فلا يصح أن يتولى تقديم الطعون إليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون " .

ـ وللمحامى أن ينيب زميلا ما لم ينص فى التوكيل على خلافه ، ففى حكم ١٩٧٤/١/١٩ (طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٣٧ ق) قالت محكمة النقض أن :

" من الآثار التى تترتب على التوكيل بالخصومة جواز إنابة المحامى غيره

من المحامين فى القيام بأعمال هذه الوكالة ، وذلك ما لم يكن ممنوعا من الأنابة صراحة فى التوكيل طبقا لأحكام المادة ٨٦ من قانون المرافعات الملغى " .

وحددت محكمة النقض فى حكمها بتاريخ ١٩٧٦/٣/٢ (طعن رقم ٧٥٩ لسنة ٤٢ ق) الأثر المترتب على تقديم المحامى دعوى أو شكوى ضد زميل له دون أذن مجلس النقابة الفرعية فقالت :

" أن النص فى المادة ١٣٣ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة على أنه " لا يحق للمحامى أن يقبل الوكالة فى دعوى أو شكوى مقدمة ضد زميله قبل الحصول على أذن من مجلس النقابة الفرعية ، ويجوز فى حالة الاستعجال صدور الأذن من رئيس المجلس ، وإذا لم يصدر الأذن فى الدعاوى المدنية خلال أسبوعين من تاريخ تقديم الطلب كان للمحامى أن يتخذ ما يراه من اجراءات قضائية مباشرة " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن الخطاب فى هذا النص موجه إلى المحامى الشاكى أو متخذ الاجراء ، مما مفاده أن اقدامه على تلك المخالفة يؤدى إلى مساءلته تأديبيا ، وإذ لم يرتب المشرع البطلان على مخالفة حكمه فإن اغفال المحامى استصدار ذلك الأذن قبل مباشرة الاجراء لا يعيبه ، ومن ثم فإن الدفع المبدى من المطعون عليه الأول بعدم جواز الطعن لأن محامى الطاعن قبل الوكالة فى الطعن ضده وهو محام قبل الحصول على اذن من مجلس النقابة الفرعية . يكون على غير أساس " .

- وتوقيع المحامى على صحيفة الدعوى مسألة متعلقة بالنظام العام فقد قررت محكمة النقض فى حكمها بتاريخ ١٩٦٧/١٠/٢٥ (طعن ٢٤٥ لسنة ٣٣ق) أن :

" نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ صريح فى النهى عن تقديم صحف الدعاوى ما لم يوقعها محام ، ومقتضى هذا النهى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ان عدم توقيع محام على صحيفة الدعوى الابتدائية يترتب عليه حتما عدم قبولها ، وأن النهى الوارد فى المادة ٢٥ من قانون المحاماة يعتبر فى حكم المادة ٢٥ من قانون المرافعات نصا على بطلان الصحيفة التى لم يوقعها محام يقع حتما إذا ما أغفل هذا الاجراء بغير ماحاجة لاثبات وقوع ضرر للخصم نتيجة هذه المخالفة إذ شرط ذلك أن لا ينص القانون صراحة أو دلالة على البطلان ، فان هو نص عليه فان المشرع يكون قد

قدر أهمية الاجراء وافترض ترتب الضرر على اغفاله فى الغالب ، والبطلان المترتب على عدم توقيع محام على صحف الدعاوى هو مما يتعلق النظام العام ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف " .

ـ ولكن لا تعتبر قائمة شروط البيع من قبيل صحف الدعاوى ولم يوجب القانون توقيع محام عليها . وفى هذا المعنى يقول حكم النقض بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٧ (طعن رقم ٨٤ لسنة ٣٢ ق) ما يلى :

" اذ نصت المادة ٤/٢٥ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الخاص بالمحاماة أمام المحاكم على أنه " لا يجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية والادارية أو طلبات الأداء إلى المحاكم الابتدائية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها ، فقد حددت نطاق تطبيقها بصحف الدعاوى وأوامر الأداء ومن ثم فلا يمكن تجاوز هذا النطاق إلى غير ذلك من اجراءات المرافعات قياسا على هاتين الحالتين بمقولة اتحاد العلة فى كل . وإذ كان لايصدق على قائمة شروط البيع وصف صحيفة الدعوى بمعناها المبين فى المادة ٦٩ من قانون المرافعات وما بعدها ولا هى فى الأوراق الأخرى التى أوجب قانون المحاماة توقيعها من محام ، فإنه لا يترتب البطلان على عدم توقيعها من أحد المحامين " .

ـ ولا يجوز أن يثار لأول مرة أمام النقض كون صحيفة الاستئناف غير موقعة من محام ، ففى حكم النقض بتاريخ ١٩٦٩/٤/٢٤ (طعن ١٩٩ لسنة ٣٥ ق) أن :

" النعى ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم التوقيع عليها من محام مقبول للمرافعة أمام محاكم الاستئناف يقوم على عنصر واقعى هو تحقيق ما إذا كان المحامى الموقع على صحيفة الاستئناف مقررا أو غير مقرر أمام محكمة الاستئناف عند توقيعه عليها ، ومن ثم فانه يعتبر سببا جديدا لاتجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع " .

ـ وعللت محكمة النقض (فى حكمها بتاريخ ١٩٧٣/٥/٢ طعن رقم ٥١٩

لسنة ٣٥ ق) ضرورة توقيع المحامى على صحف الدعاوى بأنه يساعد على قطع المنازعات فقالت :

" قصد المشرع – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ – من توقيع المحامى على صحيفة الدعوى هو رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت ، ذلك أن اشراف المحامى على تحرير صحف الاستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق ، وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيرا ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوى الشأن " .

– وقررت محكمة النقض (حكم ١٩٧٦/١/٦ – طعن رقم ٩ لسنة ٤٢ ق) أن صحيفة الطعن بالنقض – يجوز التوقيع عليها من رئيس مجلس ادارة الشركة الطاعنة متى كان هو نفسه محاميا مقبولا أمام محكمة النقض فقالت :

" إذا كان الثابت من الخطاب المؤرخ ١٩٧١/٧/٦ المقدم من الطاعنة – شركة الفنادق – أن رئيس مجلس ادارة المؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق عملا بنص المادة ٢١ من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ السارى وقت رفع الطعن – أصدر قرارا بندب الأستاذ .... المحامى للقيام بأعمال رئيس مجلس إدارة الشركة المصرية للفنادق والسياحة إبتداء من التاريخ المذكور وكان الأستاذ .... بصفته رئيسا لمجلس أدارة الشركة وهو الذى يمثلها أمام القضاء طبقا لما تنص عليه المادة ٥٨ من القانون سالف الذكر وهو من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض قد وقع على صحيفة الطعن المرفوع من الشركة ، فان الدفع ببطلان الطعن لرفعه من غير ذى صفة يكون على غير أساس " .

– ومن المبادئ التى قررتها محكمة النقض أن البطلان الناشئ عن عدم توقيع محام يمتنع تصحيحه أثناء نظر الاستئناف (حكم ١٩٧٦/٢/٢ – طعن ٤٣٧ لسنة ٤ ق) فقالت فى ذلك أن :

" تصحيح الاجراء الباطل ، يجب أن يتم فى ذات مرحلة التقاضى التى أتخذ فيها هذا الاجراء فالبطلان الناشئ عن عدم توقيع محام على صحيفة أفتتاح

الدعوى ، ينبغى أن يتم تصحيحه أمام محكمة الدرجة الأولى ، وقبل صدور حكمها الفاصل فى النزاع إذ بصدور هذا الحكم يخرج النزاع من ولاية المحكمة ، ويمتنع اجراء التصحيح ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أنتهى إلى أن توقيع المحامى على صحيفة أفتتاح الدعوى أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف من شأنه تصحيح البطلان العالق بهذه الصحيفة ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

ـ ولكن إذا وقع المحامى على أصل الصحيفة ولم يوقع صورتها فلا بطلان (حكم ١٩٧٩/٢/٧ – طعن رقم ٥٨٩ لسنة ٤٨ ق) وفى ذلك قالت محكمة النقض أن :

" مؤدى الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ، أن المشرع قصد من توقيع المحامى على صحف الدعاوى ، رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص فى ذات الوقت ، لأن اشراف المحامى على تحرير صحف الاستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون فى تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيرا ماتنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشئون ذات الطبيعة القانونية بما يعود بالضرر على ذوى الشأن بما مفاده أن توقيع المحامى على أصل الصحيفة أو على صورتها يتحقق به الغرض الذى قصد إليه المشرع ومن ثم فان خلو الصورة من التوقيع لا يترتب عليه البطلان " .

ـ ومحكمة النقض غير مختصة بتقدير أتعاب المحامى الحاضر أمامها (حكم ١٩٣٤/٦/١٤ – طعن رقم ٦٧ لسنة ٢ق) وقالت فى ذلك فى تظلم من أمر صادر من رئيس محكمة النقض :

" أنه وان جرى عرف بعض المحاكم بتقدير أتعاب المحاماة التى يستحقها المحامى قبل موكله اذا لم يكن قد أتفق معه على أتعابه ، فإن محكمة النقض لا تستطيع بحكم ترتيبها وانحصار أختصاصها فى تقويم المعوج من الأحكام المخالفة للقانون أو المخطئة فى تطبيقه أو فى تأويله أن تتبع هذا العرف الخاص المخالف للقانون فتمد أختصاصها إلى خصومة جديدة موضوعية صرفة بين المحامى الذى حضر أمامها فتضطلع بها فحصا وتحقيقا على ما تسير به محكمة الموضوع المختصة ، إذ ليس هذا من قبيل ما عهد إليها به " .

– ولا تسرى مدة سقوط الأتعاب فى حالة إيقاف الدعوى حيث أن المحامى سيستمر فى عمله إذا قدمت الدعوى للمحكمة ثانية (حكم ٣٥/٢/٢٨ – طعن رقم ٦٧ لسنة ٤ ق) وجاء فى هذا الحكم :

" إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامى فى الدعوى لم ينته بقرار الايقاف ، بل أنه كان لا يزال مكلفا بمباشرة الدعوى إذا قدمت من بعد للمحكمة لسبب ما . ومن ثم لا موجب لسريان مدة سقوط الحق فى الأتعاب فهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها لحاصل الواقع فى الدعوى مما لا رقابة لمحكمة النقض عليه ".

– وقررت محكمة النقض فى حكم ١٩٥٠/٥/٢٥ (طعن رقم ١١٧ لسنة ١٨ ق) أنه يعتبر قصورا استناد الحكم فى تقدير أتعاب محام عن عقد قام به إلى ظروف الدعوى وملابساتها دون الأفصاح عن ماهية هذه الظروف والملابسات وتقريره أنه روعى فى التقدير ما قام به المحامى من تذليل العقبات القانونية التى أعترضت اتمام العقد وما بذل من جهود فى بحث المستندات دون بيان سنده فى هذا التقرير وجاء فى هذا الحكم :

" اذا كانت المحكمة فى تقديرها أتعاب محام عن عقد قام به قد استندت فى ترجيح دعوى المحامى على دفاع المحكوم عليهم بالاتعاب إلى ظروف الدعوى وملابساتها ، دون أن تفصح عن ماهية هذه الظروف والملابسات . ثم قررت فى حكمها أنها راعت فى تقدير أتعاب المحامى ما قام به من تذليل العقبات القانونية التى أعترضت أتمام العقد الذى قدرت عنه الأتعاب وما بذل من جهود فى سبيل بحث مستندات التمليك دون أن تبين سندها فى هذا التقدير الذى كان موضوع منازعة من المحكوم عليهم فى الاستئناف المرفوع منهم عن الحكم الابتدائى ، فهذا وذاك قصور يبطل حكمها ، اذ بدون هذا البيان لا يتسنى لمحكمة النقض أن تراقبها فيما أنتهت إليه " .

– واذا أختلف المحامى مع عميله على الأتعاب وتقدم للنقابة بطلب تقديرها فإن هذا الطلب تنعقد به الخصومة . وفى حكم ١٩٦١/٦/٨ (طعن رقم ٥١ لسنة ٢٦ ق) قالت محكمة النقض :

" ناط المشرع – فى القانون رقم٩٨ لسنة ١٩٤٤ – بمجلس نقابة المحامين

تقدير أتعاب المحامى عند الخلاف على قيمتها فى حالة عدم وجود أتفاق كتابى عليها وذلك بناء على طلب المحامى أو الموكل . وتقدير مجلس النقابة للأتعاب فى هذه الحالة يعد فصلا فى خصومة اذ أن الالتجاء إلى المجلس جائز لأيهما عند الخلاف على قيمة الأتعاب مع أخطار المطلوب التقدير ضده بصورة طلب التقدير والجلسة المحددة لنظره بخطاب موصى عليه .

" ومفاد ذلك أن تقديم الطلب إلى مجلس النقابة من المحامى أو الموكل تنعقد به الخصومة القضائية بينهما مما يضفى على مجلس النقابة ولاية الفصل فى النزاع ".

ـ وأزالت محكمة النقض فى حكم ٦١/٦/٨ (طعن رقم ٥١ لسنة ٢٦ق) كل شك حول الأختصاص المسند للنقابة فقالت أن :

" خلو القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ من النص على أعتبار مجلس النقابة – عند تقدير أتعاب المحامى – من الهيئات القضائية أو الادارية ذات الأختصاص القضائى ومن أن نقيب المحامين يمثل النقابة أمام تلك الهيئات ، لايمنع من أن يكون المشرع قد أضفى على مجلس النقابة ولاية القضاء فى هذا الخصوص " .

ـ وفى بيان عناصر التقدير التى تؤخذ فى الاعتبار عند النظر فى الأتعاب قررت محكمة النقض فى حكم ١٩٦٣/١/٢٤ (طعن رقم ٢٥٠ لسنة ٢٧ق) أنه :

" متى كان الحكم قد أحاط بوقائع المنازعة حول تقدير أتعاب المحامى (الطاعن) وما أبداه الطرفان فيها واستظهر مقدار الجهد الذى بذله المحامى فى الدفاع ومركز الموكلين (المطعون عليهم) وثروتهم فانه يكون قد راعى فى تقدير أتعاب الطاعن جميع العناصر التى يوجب قانون المحاماة مراعاتها فى تقدير أتعاب المحامين وهى أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله الوكيل وأضاف إليها كعنصر من عناصر التقدير كذلك مركز الوكيل . واذ كان تقدير الأتعاب مما يستقل به قاضى الموضوع فإن محكمة الاستئناف عند تعديلها تقدير محكمة أول درجة لمبلغ الأتعاب لا تكون ملزمة ببيان سبب هذا التعديل بأعتبار أنه يدخل فى سلطتها التقديرية ومن ثم فالمجادلة فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا لا تصح أثارته أمام محكمة النقض " .

– وقررت محكمة النقض أن اختيار المحامي تقديم طلب تقدير أتعابه إلى النقابة أو إلى القضاء وأختياره أحد هذين الطريقين يسقط حقه فى الالتجاء للطريق الآخر، فقالت فى حكم ١٩٦٥/٣/١٨ (طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٣٠ ق) أن :

" مؤدى نصوص المواد ٤٦ ، ٤٧ ، ٤٩ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ أن المشرع قد ناط بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامي عند الاختلاف على قيمتها فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها وذلك بناء على طلب المحامي أو الموكل ، وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن المشرع قد رسم للمحامي والموكل طريقين لطلب تقدير الأتعاب عند عدم وجود أتفاق كتابى عليها – هما اللجوء إلى القضاء أو إلى مجلس النقابة ، فإذا أختار أحدهما طريقا من هذين ابتداء فلا يحق له العودة إلى الطريق الآخر بدعوى مبتدأة ، وبذلك يكون المشرع قد أضفى على مجلس النقابة ولاية القضاء فى خصوص تقدير الأتعاب ، ومن ثم فان المحكمة الابتدائية حين تنظر التظلم من أمر التقدير الصادر من النقابة انما تنظره لا بأعتبارها هيئة تفصل فى التقدير ابتداء وانما باعتبارها جهة طعن فى تقدير أصدره مجلس النقابة مما ينتفى معه تطبيق المادة ٥١ من قانون المرافعات التى تنص على أن " تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائيا فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من أختصاص محكمة المواد الجزئية ويكون حكمها انتهائيا اذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز مائتين وخمسين جنيها " ذلك أن مناط تطبيق هذا النص هو الدعاوى التى تفصل فيها المحكمة بصفة مبتدأة دون الحالات الأخرى التى تنظر فيها بوصفها جهة طعن . ومن ثم فانه اذا كان النزاع المطروح على المحكمة الابتدائية هو طعن فى قرار مجلس نقابة المحامين وقد صدر هذا القرار فى طلب تقدم به المحامي لتقدير أتعابه بمبلغ ألف وخمسمائة جنيه فان قيمة هذا الطلب تكون هى المناط فى تحديد الاختصاص للمحكمة التى تنظر التظلم من القرار الصادر فى هذا الطلب وهى التى يتحدد بها كذلك نصاب الاستئناف وبالتالى يكون قضاء المحكمة الابتدائية فى هذا التظلم قابلا للأستئناف أمام محكمة الاستئناف " .

– وبالاضافة إلى عناصر تقدير الأتعاب التى بينها الحكم سالف الذكر سمحت محكمة النقض بإدخال أعتبارات أخرى غيرها . فقالت فى حكم ١٩٦٦/٥/١٢ (طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٢ ق) :

" أنه وان كانت المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وقد

ونصت على أن (يدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى) إلا أن عناصر التقدير الواردة بهذه المادة لم ترد على سبيل الحصر ومن ثم فليس ما يمنع محكمة الموضوع من أن تدخل فى الاعتبار فى تقديرها الأتعاب - إلى جانب هذه العناصر - ما عاد على الموكل من منفعة مباشرة بسبب جهد المحامى " .

ـــ وأمر التقدير الصادر من مجلس النقابة يعتبر بمثابة حكم صادر فى الخصومة وهذا هو ما قررته محكمة النقض فى حكم ١٩٦٨/١/١ (الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣٢ ق) قائلة ما يلى :

" تفيد نصوص المواد ٦/٨٠ و ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ و ٤٨ من القانون ٩٨ لسنة ١٩٤٤ والخاص بالمحاماة أمام المحاكم الوطنية - والمطبق على واقعة الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المشرع جعل لمجلس نقابة المحامين ولاية الفصل فى تقدير أتعاب المحامى عند الاختلاف على قيمتها فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها وذلك بناء على طلب المحامى أو الموكل ، وتقدير مجلس النقابة للأتعاب فى هذه الحالة يعتبر فصلا فى خصومة بدليل أن الالتجاء إليه لا يكون إلا عند الخلاف على الأتعاب فى حالة عدم وجود أتفاق كتابى فى شأنها وبدليل أباحة الالتجاء إلى مجلس النقابة من كل من المحامى والموكل على السواء . هذا إلى أنه مما يؤكد أن لمجلس النقابة أختصاصا قضائيا فى مثل هذه الحالة ما أوجبه القانون من لزوم أخطار المطلوب التقدير ضده بصورة من الطلب وبالجلسة بمقتضى خطاب موصى عليه ليحضر أمام المجلس أو ليقدم ملاحظاته ، مما مفاده أن تقديم الطلب إلى المجلس تنعقد به الخصومة . كما أفاد المشرع بما رسمه من طريق للتظلم فى أمر تقدير الأتعاب وبيان طرق الطعن فى الحكم الصادر فى التظلم أنه أعتبر فصل مجلس النقابة فى تقدير الأتعاب فصلا فى خصومة بين الطرفين واذ كان المشرع قد أجاز الالتجاء إلى المحاكم أو إلى مجلس النقابة لتقدير أتعاب المحاماه فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها ، وكانت المادة ٤٨ من القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ تجيز للمحامى بمقتضى أمر التقدير الصادر لصالحه أن يحصل على اختصاص بعقارات من صدر ضده الأمر ، فقد دل المشرع بذلك جميعه على أن أمر التقدير هو بمثابة حكم صادر فى خصومة بين الطرفين .

ـــ وتعتبر المحاكم جهة طعن فى تقدير الاتعاب طبقا لحكم النقض سالف

الذكر والذى يقول أن" فصل المحكمة فى التظلم من قرار مجلس النقابة بتقدير أتعاب المحامى لا يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – فصلا فى تقدير الآتعاب ابتداء بل اعتبارها جهة طعن فى تقدير أصدره مجلس النقابة فى حدود اختصاصه القضائى " .

– وفى ثبوت صفة الوكيل للمطالبة بالأتعاب قالت محكمة النقض فى حكم ١٩٦٨/٢/١٣ (طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ ق) ان :

" مقتضى نص المواد ٤٦ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥١ من القانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماه أمام المحاكم أنه لا يجوز للمحامى أن يطالب خصما بمقابل أتعابه على أساس هذا القانون إلا اذا كانت تربطه به صله الوكالة " .

– ويجيز قانون المحاماة الاتفاق على الأتعاب بنسبة معينه من قيمة الدعوى تتراوح ما بين ٥٪ و ٢٠٪ (المادة ٨٢ /٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) ولكن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ بحكمها فى ١٢ فبراير ١٩٩٤ المنشور بالعدد رقم ٩ (تابع) من الجريدة الرسمية الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤ .

وبذلك عاد الامر الى ما كان عليه الحال فى ظل القانون ١٩٥٧/٩٦ وقد قررت محكمة النقض أن بطلان الاتفاق لا يحرم المحامى حقه فى الاتعاب وذلك فى حكم ١٩٦٨/٦/٢٠ (طعن ٣٤٨ لسنة ٣٣ ق) الذى قالت فيه انه :

" وان كانت المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ تقضى بأنه لا يجوز للمحامى أن يتفق على أجر ينسب الى قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها وبصفة عامة لا يجوز له أن يعقد اتفاقا من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى وأن كل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا الا أن البطلان فى هذه الحالة انما ينصرف الى تحديد قيمة الأتعاب المتفق عليها ولا يترتب عليه حرمان المحامى من حقه فى الأتعاب ما دام قد قام بالعمل الموكل به وانما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامى وفقا لما يستصوبه مراعيا فى ذلك الجهد الذى بذله وأهميته فى الدعوى وثروة الموكل ومن ثم فإذا قضت محكمة الاستئناف برفض الدعوى المرفوعة من المحامى بطلب أتعابه استنادا الى بطلان الاتفاق الحاصل

بينه وبين موكله على تقدير الأتعاب ولم تعمل سلطتها فى تقدير ما يستحقه مقابل العمل الذى وكل فى أدائه و قام به فعلا فان حكمها يكون مخالفا للقانون .

ـ وقضت محكمة النقض فى حكم٥/١٢/١٩٦٨ (طعن ٥٣٦ لسنة٣٤ ق) بأن :

" مؤدى نصوص المادة ٢/٧٠٩ من القانون المدنى والمادة ١/٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ أنه يمتنع على القاضى أن يعدل فى مقدار الأتعاب التى اشترطها المحامى مقابل عمله اذا كان الاتفاق عليها قد تم بعد الانتهاء من هذا العمل أو اذا قام الموكل بأدائها طوعا بعد ذلك " .

ـ وإذا كان المحامى قد اعتزل المهنة فالعبرة بوقت ادائه للعمل لا وقت طلب التقدير وفى هذا قالت محكمة النقض فى حكم ١٩٦٩/١/٣٠ (طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق) ما يلى :

" ناطت المادة ٤٦ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الخاص بالمحاماة أمام المحاكم بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامى اذا اختلف عليها الموكل ولم يكن بينهما اتفاق مكتوب بشأنها وقد جاء نص هذه المادة عاما لا يفرق بين محام مشتغل وآخر غير مشتغل بل أنها جعلت المهم فى قبول الطلب أن يكون متعلقا بأتعاب محام عن عمل من أعمال المحاماة وعلى ذلك يكون شرط الاشتغال بالمحاماة منوطا بوقت اداء العمل الذى يطلب تقدير الأتعاب عنه لا بوقت طلب التقدير .

ـ واذا كان يشترط للمطالبة بالأتعاب لدى النقابة سداد الاشتراك السنوى ، فأن ذلك يتعلق بالمشتغلين فعلا وقد قالت محكمة النقض فى حكم ١٩٦٩/١/٣٠ (طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق) ان :

" الحظر الوارد فى المادة ٢٢ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ من عدم قبول طلبات أوامر التقدير ممن يتأخر فى اداء الاشتراك السنوى لنقابة المحامين عن موعده – لا يسرى الا على المحامين المشتغلين فعلا وقصد به حثهم على سداد الاشتراك السنوى المستحق عليهم أما حيث لا يكون اداء هذا الاشتراك واجبا كما فى حالة المحامين المتقاعدين فلا محل لانطباق هذه المادة " .

ـ وفى نفس الحكم السالف قضت محكمة النقض بأن الحكم بعدم اختصاص المحكمة لكون الأختصاص معقودا لمجلس النقابه وحده (حيث لا تختص المحكمة الا فى حالة وجود اتفاق كتابى على الأتعاب) لا يمنع مجلس النقابه من نظر الطلب فقالت :

" اذا كان الثابت أن الحكم لم يفصل بقضاء ما فى موضوع المطالبة بأتعاب المحامى بأعتبارها غير مقدره لما رآه من أن الاختصاص بنظر هذا الموضوع معقود لمجلس النقابة وحده وانه ليس للمحامى أن يلجأ الى المحاكم إلا فى حالة وجود اتفاق كتابى على تقدير الأتعاب – وهو ما ليس متوافرا – فأن قضاءه برفض الدعوى لا ينصرف إلا الى طلب تقدير الأتعاب باعتبارها مقدرة بأتفاق أو سند مكتوب أما عن طلبها بأعتبارها غير مقدره بهذه الوسيلة فلا يتناوله الرفض الوارد فى المنطوق وانما تضمنت أسباب الحكم قضاء ضمينا يقضى بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذا الطلب ومثل هذا القضاء لا يمنع مجلس النقابة المختص بنظر ذلك الطلب ، من نظره " .

ـ وتعتبر الوكالة دائما بأجر طالما أن الوكيل محام فقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٤/١٥ (طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٥ ق) بما يلى :

" اذ تقضى المادة ١/٧٠٩ من القانون المدنى بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل ، فإن أشتغال المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التى وكل فيها لحساب الطاعن يكفى فى ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هى مهنته التى يحترفها ويتكسب منها " .

ـ وقد قضت محكمة النقض فى حكم بتاريخ ١٩٧٧/٢/٢٣ (طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ ق) بأن :

" عمل المحامى لا ينتهى إلا بصدور حكم فى الدعوى وكل اتفاق بشأن أتعاب المحامى قبل صدور هذا الحكم يكون قد تم قبل الانتهاء من العمل وهو ما يتفق وما نصت عليه المادة ٨١٠ من قانون المرافعات السابق المطابقة للمادة ٧٥ من القانون القائم من أن " التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال أو الاجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها واتخاذ

الاجراءات التحفظية الى أن يصدر الحكم فى موضوعها فى درجة التقاضى التى وكل فيها " .

ـ ولايعتد بالاتفاق الشفهى على الأتعاب . ذلك أن محكمة النقض قضت بتاريخ ١٩٧٧/٦/٧ (طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٢ ق) بأن :

" النص فى المادة ١١٠ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يدل على أن مجلس النقابة الفرعية يختص بتقدير أتعاب المحامى فى حالة عدم الاتفاق عليها كتابة ، وبالتالى فلا يعتد فى هذا الشأن بوجود اتفاق شفهى على تقدير الأتعاب مما يجوز أثباته بغير الكتابة " .

ـ وفى حكم النقض بتاريخ ١٩٧٨/٥/١٨ (طعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٦ ق) أن انقضاء مدة عضوية مجلس نقابة المحامين مع استمرار صلاحياته حتى يتم انتخاب المجلس الجديد فإن القرار الصادر من المجلس بتقدير الأتعاب خلال تلك الفترة يعتبر صحيحا . وجاء فى هذا الحكم أن :

" مفاد نص المادة الثانية والمادتين ٥/٤٣ ، ١١٠ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ، أن مجلس النقابة الفرعية هو الذى يتولى جميع الاختصاصات التى خولها له القانون سواء فى ذلك الاختصاصات الادارية أو القضائية ... ومن بينها تقدير أتعاب المحامى بناء على طلبه أو طلب الموكل فى حالة عدم الاتفاق عليها كتابة واذا كانت المادة ١٩ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ قد نصت على أن تكون عضوية النقيب وأعضاء مجلس النقابة أربع سنوات ، فليس معنى ذلك أنه بتمام هذه المدة تزول ولاية المجلس نهائيا ويتوقف نشاط النقابة حتى يتم اختيار المجلس الجديد ، اذ أن المادة ١٨ قد جعلت للمجلس تعيين لجنة أو أكثر للاشراف على الانتخابات وفرز الأصوات ونصت المادة ٣٩ منه على أن يجرى الانتخاب وفرز الأصوات فى النقابات الفرعية بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة من المحامين يندبهم مجلس النقابة ومؤدى ذلك أن مجلس النقابة العامة ومجلس النقابة الفرعية تظل لهما كافة الصلاحيات التى خولها لهما القانون فى الفترة ما بعد انتهاء مدة العضوية وحتى يتم انتخاب المجالس الجديدة ومباشرتها للعمل ولا محل للتفرقة بين الأعمال الادارية والأعمال القضائية والا توقف العمل بالنقابة فى تلك الفترة وهو ما لا يتصور انصراف قصد الشارع اليه وكان

قرار تقدير أتعاب المطعون عليه قد صدر من اللجنة المختصة بالنقابة الفرعية فى فترة امتداد صلاحيات مجلس تلك النقابة حتى يتم انتخاب المجلس الجديد فأنه يكون صحيحا ومبرءا من البطلان الذى نعاه عليه الطاعن " .

– وفى نفس الحكم السابق قررت محكمة النقض ان موافقة مجلس النقابة العامة للمحامين على النظام الداخلى للنقابة وتصديق الجمعية العمومية عليه من أثره أسباغ صفة التشريع عليه وصدور قرار الأتعاب من مجلس النقابة الفرعية مكونا من ثلاثة أعضاء طبقا للنظام الداخلى لا خطأ فيه . وجاء فى هذا الحكم مايلى :

" تنص المادة ٣٧ من قانون المحاماة رقم ٦١ سنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ على أن يتولى شئون النقابة الفرعية مجلس يؤلف من رئيس وستة أعضاء وناطت المادة ٢٨ من القانون سالف الذكر بمجلس النقابة اقتراح النظام الداخلى للنقابة ونقاباتها الفرعية وما يرى ادخاله عليها من تعديلات واختصت المادة التاسعة الجمعية العمومية بالتصديق على النظام الداخلى للنقابة ... كما نصت المادة الخامسة والأربعين علىأن يبين النظام الداخلى للنقابة اجراءات تشكيل اللجان الفرعية ومجالسها وأختصاصها ومن ثم فأن موافقة مجلس النقابة العامة على النظام الداخلى لنقابة الدقهلية بجلسة ١٩٧٢/١٠/٥ وتصديق الجمعية العمومية على هذا النظام بجلسة ١٩٧٢/١٠/٦ يسبغ على هذا النظام صفة التشريع المكمل لقانون المحاماة طالما أن هذا النظام قد صدر بمقتضى التفويض المخول لمجلس النقابة والجمعية العمومية بنصوص القانون وفى حدود هذا التفويض ، واذ كانت المادة ٤٥ من النظام الداخلى لنقابة الدقهلية تنص على أن يعتبر انعقاد مجلس النقابة الفرعية صحيحا اذا حضره ثلاثة أعضاء على الأقل وكان القرار الصادر بتقدير أتعاب المطعون عليه قد صدر من لجنة قوامها ثلاثة أعضاء فأن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه – بمخالفة القانون لاقراره نص المادة ٤٥ سالفة الذ كر – يكون على غير سند من القانون " .

– وتستحق للمحامى أتعابه عما قام به من عمل ولو كان غير مقيد امام درجة التقاضى التى تنظر فيها القضية . وجاء فى حكم النقض سالف الذكر ان :

" مجلس النقابة الفرعية – للمحامين – واللجان التى يشكلها من بين

أعضائه تختص بتقدير أتعاب المحامى عند الخلاف على قيمتها وذلك فى حالة عدم وجود اتفاق كتابى عليها بناء على طلب المحامى أو الموكل كنص المادة ١١٠ من قانون المحاماة والمادة ٤٥ من النظام الداخلى للنقابة الفرعية - بالدقهلية - وتقدير اللجنة المختصة للأتعاب يكون بمراعاة أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها ويجب الا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولا تقل عن خمسة فى المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع التقدير كنص المادة ١١٤ من قانون المحاماة ، كما ينظر الى العوامل الأخرى التى يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديدا عادلا ، ومن ذلك القيمة الفنية للعمل وما استغرقه من وقت ومكانة المحامى وشهرته العامة ونتيجة الدعوى ، واذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قدر للمطعون عليه مبلغ ... أتعابا عن الجهد الذى بذله فى تحرير عقود البيع بأعتبار أن ذلك العمل يدخل فى مهنة المحاماة وما قال به الطاعن من اشتراكه مع المطعون عليه فى اعداد عقود البيع غير منتج لأن ذلك أن صح لا يقلل من جهد المطعون عليه ، كما أيد الحكم المطعون فيه قرار النقابة فى تقديره لأتعاب المطعون عليه عن القضايا التى باشرها على أن الطاعن لم يجادل فى أن المطعون عليه قد باشر تلك الأعمال القضائية بتكليف منه حسبما هو واضح من المذكرات ومن محاضر الجلسات ولا يحول دون ذلك أن بعض القضايا لا يجوز للمطعون عليه الحضور فيها لعدم قيده أمام محاكم الاستئناف لأن للمحامى أن يستعين بمحامين آخرين لانهاء العمل الذى كلف به" .

_ وبصدد مسئولية المحامى أمام موكله قررت محكمة النقض فى حكم بتاريخ ١٩٥٣/٤/٢٣ (طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٠ ق) أنه لا تناقض اذ قرر الحكم الابتدائى مسئولية المحامى عن تعويض موكلته على خطئه فى الدفاع عنها فى قضية شرعية خطأ أدى الى رفض دعواها واضافة الحكم الاستئنافى أن المحامى مقصر أيضا لعدم حضوره فى الاستئناف المرفوع عن موكلته عن هذا الحكم رغم اتفاقه معها على الحضور . وجاء فى هذا الحكم انه :

" متى كان الحكم الابتدائى قد أقام قضاءه بمسئولية المحامى عن تعويض موكلته على خطئه فى الدفاع فى قضية شرعية خطأ أدى الى رفض دعواها ، وكان الحكم المطعون فيه رغم تأييده الحكم الابتدائى لأسبابه أضاف أن المحامى مقصر أيضا لعدم حضوره عن موكلته فى الاستئناف المرفوع عن الحكم الابتدائى رغم اتفاقه معها على الحضور ، فأن الحكم لا يكون متناقضا فى أسبابه

تناقضا يبطله ذلك ان الحكم المطعون فيه يقرر مسئولية المحامى سواء صح دفاعه بأنه لم يخطىء فيما أبداه من دفاع عن موكلته لدى المحكمة الشرعية أم لم يصح أنه كان لزاما عليه فى الحالة الأولى أن يباشر الاستئناف عن موكلته ليتوصل الى إلغاء الحكم الابتدائى لمصلحتها بعد أن اتفق معها على ذلك " .

– ومما يتعارض مع واجبات مهنة المحاماة التعامل مع الموكلين فى الحقوق المتنازع فيها اذا كان المحامى هو الذى يدافع عنها سواء كان التعامل باسمه أو باسم مستعار . وقالت محكمة النقض فى حكم بتاريخ ١٩٦٤/٣/٩ (طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٩ ق) ما يلى :

" تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا . فاذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد أشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا الا اذا ثبت أنهما كانا أسما مستعارا لوالدهما الطاعن الأول . فاذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما اذا كان اسم المشتريين مستعارا من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فأن الحكم المطعون فيه اذا أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشترين كانا اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون " .

– وفى حكم بتاريخ ١٩٦٥/١١/٩ (طعن رقم ٢١ لسنة ٣١ ق) قررت محكمة النقض عدم جواز تكليف المحامى بأداء الشهادة فى نزاع وكل أو استشير فيه ومع ذلك له أن يؤديها متى طلب منه موكله .

" توجب المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات على المحامين والوكلاء والأطباء أو غيرهم أن يؤدوا الشهادة عن الوقائع التى علموا بها من طريق مهنتهم أو صنعتهم متى تطلب منهم ذلك من أسرها لهم واذ تنص المادة ٣٤ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بالمحاماة أمام المحاكم بأن على المحامى أن يمتنع عن اداء مثل هذه الشهادة وأنه لا يجوز تكليفه أداءها فى نزاع وكل أو استشير فيه فأن مؤدى هاتين المادتين أن المشرع وأن كان قد حظر على الخصوم

تكليف المحامي أداء الشهادة في نزاع وكل أو استشير فيه ، الا أنه لم يمنعه بطريق اللزوم من أدائها فله أن يؤديها متى طلب منه موكله ذلك .

ـ وبشأن عدم لزوم توكيل من محام لمحام جاء في حكم النقض بتاريخ ١٩٤٥/١٢/١٣ (طعن رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق) ان :

" للمحامي المنتدب كل سلطة المحامي الموكل في الحدود التي يقتضيها انتدابه فله بمقتضى المادة ٣٢ من قانون المحاماة ، أن ينيب عنه في الحضور أو في المرافعة أمام المحكمة محاميا آخر تحت مسئوليته دون توكل خاص ما لم يكن توكيله مانعا من ذلك " .

ـ وفي حكم بتاريخ ١٩٦٧/١٠/٣١ (طعن رقم ١١٩ لسنة ٣٤ ق) قررت محكمة النقض أن قول محامي أحد الخصوم في مجلس القضاء لا يعد اقرارا قضائيا الا اذا كان بتوكيل خاص وتضمن التسليم بالحق المدعى به بقصد الاعفاء من اقامة الدليل عليه . وجاء في هذا الحكم أن :

" القول الصادر من محامي الخصوم في مجلس القضاء لا يعد اقرارا له حجيته القانونية الا اذا فوض فيه بتوكل خاص وتضمن التسليم بالحق المدعى به قصد اعفاء خصمه من اقامة الدليل عليه " .

ـ وطبقا لمحكمة النقض في ١٩٧٢/٤/١٣ (طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٧ ق) لايحكم بأتعاب محاماه الا اذا كان من كسب الدعوى قد احضر محاميا . وقالت في ذلك المحكمة :

" أنه وأن كانت أتعاب المحاماة تدخل ضمن مصاريف الدعوى التي يحكم بها على من خسرها ، الا أن مناط القضاء بها لمن كسب الدعوى أن يكون قد أحضر محاميا للمرافعة فيها " .

ـ ولايؤدي عدم سداد المحامي لأشتراكات النقابة سببا لبطلان الأعمال التي يقوم بها فقد قررت محمكة النقض بتاريخ ١٩٧٢/٥/٤ (طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٧ ق) أن :

" مفاد نص الفقرة الرابعة من المادة ٢٢ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الخاص بالمحاماة ، والذى كان ساريا وقت نظر الاستئناف أن الجزاء الذى رتبه القانون على من زاول مهنة المحاماة رغم استبعاد أسمه من جدول المحامين هو احالته على مجلس التأديب لتوقيع الجزاء الذى فرضه القانون لهذه المخالفة ، وأن هذا الاستبعاد يزول بمجرد سداد الاشتراك المتأخر ومؤدى ذلك أن المشرع لم يرد أن ينزع عن المحامى الذى لم يقم بسداد الاشتراك فى الميعاد صفته كمحام ، أن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه لا يبطل عمله ، وانما يعرضه للمحاكمة التأديبية . وذلك أيضا هو ما ذهب اليه قانون المحاماة الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ " .

القسم الرابع

التأمينات الشخصية

الشيء الا ملتزما برد مثله. فإذا كان قد إستهلكه رجع عليه بقيمة ما استهلكه في

عقد الكفالة

تعتبر الكفالة إحدى التأمينات الشخصية التي تقوم على ضم ذمة الى ذمة ضمانا للوفاء بالدين. وهي تختلف عن التأمينات العينية التي تقوم على تخصيص مال معين لضمان الوفاء بالدين (١). وتشترك التأمينات الشخصية مع التأمينات العينية في أنها تضمن الوفاء بحق شخصي، سواء كان هذا الحق الشخصي ناشئا عن الإرادة (العقد والإرادة المنفردة) أو عن العمل غير المشروع أو عن الإثراء بلا سبب أو عن القانون، وسواء كان محل الحق الشخصي إعطاء شيء أو عمل شيء أو الإمتناع عن عمل شيء، ويبقى التأمين الشخصي أو العيني تابعا للحق الشخصي الذي يضمنه في كل شيء : في صحته وبطلانه، في بقائه وإنقضائه..

ويدخل في عداد التأمينات الشخصية التضامن بين المدينين ، وعدم تجزئة الدين ، وهي موضوعات تدرس مع أوصاف الإلتزام ، كما يدخل ضمن التأمينات الشخصية الإنابة القاصرة حيث يبقى فيها المنيب ملتزما مع المناب، وهي تدرس ضمن وسائل إنتقال وانقضاء الإلتزام والدعوى المباشرة وهي احدى وسائل تقوية الضمان العام . واخيرا يعتبر من التأمينات الشخصية عقد الكفالة .

---

(١) طبقا لهذه التفرقة بين التأمينات الشخصية والعينية، فإن الكفيل العيني يقدم تأمينا عينيا لاشخصيا، لأنه يخصص مالا له لضمان الدين دون أن يكون هو ملزما بهذا الدين أي أنه يقدم ماله ضمانا لدين على غيره، ولذلك إذا تصرف في ماله الضامن للدين انتقل هذا المال مثقلا بالتامين العيني الى المتصرف اليه.

وقد كانت التأمينات الشخصية أسبق فى الظهور من التأمينات العينية وذلك راجع الى أن التأمين العينى يجب أن تسبقه فكرة الملكية والحقوق العينية الى الظهور ، وأن يقوم تنظيم قانونى لها. وهذا أمر لم يتوافر فى المجتمعات البدائية القديمة لانه يستلزم توافر قدر من الرقى. ومن ناحية أخرى كان المدينون عادة هم الفقراء وليس لديهم ما يقدمونه كتأمين عينى، اما التأمين الشخصى فكان من اليسير تقديمه بضم ذمة احد أفراد القبيلة أو الأسرة الى ذمة المدين . وبعد ظهور التأمينات العينية طغت على التأمينات الشخصية لكون الضمان فيها أقوى إذ يكون الدائن فى مأمن من إعسار المدين وضامنه (١).

وتطلق الكفالة أحيانا على التأمينات النقدية وهى فى حقيقتها رهن حيازة وليست كفالة (٢) ، (٣) .

وسوف نتناول الكفالة بالشرح فيما يلى حسب التقسيم التالى:

الفصل الأول : أركان وخصائص الكفالة .

الفصل الثانى : آثار الكفالة.

الفصل الثالث : حوالة وإنقضاء الكفالة.

الفصل الرابع : كفالة الحضور.

---

(١) السنهورى: الوسيط ١٠- الفقرتان ٦،٧- ص ١٣-١٤

(٢) جمال زكى : التامينات الشخصية والعينية - فقرة ١٢.

(٣) فى الفقه الإسلامى تجوز الكفالة العينية فقد نصت المادة ١٠٨٢ من مجلة الأحكام الشرعية على أن : " يصح الضمان مع إشتراط أن يؤخذ المضمون به من مال المعين " . كما يأخذ الفقه الإسلامى بنظرية الحلول العينى فيقرر أنه : " إذا أتلف الضمان تعلق ببدله " . (المادة ١٠٨٢ ، المشار إليها) .

الفصل الأول

أركان وخصائص الكفالة

تنص المادة ٧٧٢ مدنـى علـى أن : " الكفالـة عقد بمقتضـاه يكفل شـخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه"(١).

وتسمى الكفالة فى الفقه الإسلامى أيضا بالضمان أو الحمالة. وتعرف بأنها التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له . ومعنى هـذا التعريـف أن التزام الكفيل بالدين لايسقط الدين الأصلى، بل يبقى المدين به ملتزما . وفـى هذا تختلف الكفالة عن الحوالة ، إذ فـى الحوالـة يلتزم مديـن ليـبرأ المديـن السـابق . ويسمى الكفيل بالحميل أو الزعيم أيضا، لانه عندما يتقدم ليكفل الدين يقـول : أنـا زعيم أو حميل أو ضـامن أو قبيـل أو غريـم أو صبـير أو مديـن أو أذيـن . وفـى مذهب الأمام أحمد بن حنبل ينعقد الضمان بإيجاب الضامن ولا يحتاج لقبول من المضمون ولا من المضمون له . ولكن لا ينعقد الضمان بألفاظ الوعد كأن يقول أنا أؤدى هذا الدين عنه أو معـه وأنـا سـأدفع الثمـن أو إن لـم يعطـك دينـك ، أ نا أعطيكه ، بل ينعقـد الضمـان بالألفـاظ الدالـة علـى إلـتزام الحـق عرفـا ؛ والأمر بالضمان ليس بضمان ، فلو قال لأخر : أضمن عن فـلان ففعـل ، كـان الضـامن المباشر دون الآمر (٢) .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى المادة ٧٣٨ مدنى سورى (مطابقة) والمادة ٧٨١ مدنى ليبى (مطابقة) والمادة ١٠٥٣ موجبات وعقـود لبنـانى (موافقـة) والمـادة ١٠٠٨ مدنى عراقى المقتبسه من الفقه الإسلامى نصها: " الكفالـة ضـم ذمـة الـى ذمـة فـى المطالبة بتنفيذ التزام". وانظر أيضـا: المادتـان ٢٠١١، ٢٠٢١ مدنـى فرنسـى ، والمـادة ٧٦٥ مدنى المانى، والمادة ١٨٢٢ مدنى اسبانى ، والمادة ٦٣١ مدنـى بولونـى ، والمـادة ٦١٢ مـن المجله ، والمادة ٨٣٩ مـن مرشـد الحيران . وانظـر ايضـا: التـاودى ١-١٨٦- التسـولى ١-١٨٦، تواتى ١٧٩، الدر المختار ٤-٣٤٦.

(٢) التسـولى: البهجـة فـى شـرح التحفـة – ج ١- ص ١٨٣- ١٨٤ ؛ مجلـة الأحكـام الشرعية ، المواد : ١٠٦٨ / ١٠٧٢ .

ويخلص من هذه التعريفات أن للكفالة خصائص أهمها:

أولا : الكفالة عقد بين الكفيل والدائن، والمدين ليس طرفا فيه (١)، ولكن قد يوجد عقد آخر بين المدين والكفيل يتعهد فيه الكفيل بأن يبرم الكفالة مع الدائن ، أو يوجد عقد آخر بين الدائن والمدين بتعهد فيه المدين بتقديم كفيل ويجب أن تتوافر فى عقد الكفالة ، الأركان العامة وأن يكون الرضا خاليا من عيوب الإرادة (٢) . وسيأتى بيان الأركان فى المبحث الثانى من هذا الفصل .

ثانيا : الكفالة عقد رضائى :(٣) لم يشترط القانون فيه شكلا معينا.

ثالثا : الكفالة عقد تابع : يرتبط بحق شخصى يضمنه ويلقى ما يلقاه من مصير ...

رابعا : الكفالة عقد تبرعى : لان الكفيل عادة ما يقدم كفالته تبرعا يتبرع به للمدين اما الدائن فلا تعتبر الكفالة بالنسبه له تبرعيه بل معاوضة، لانه قدم الدين مقابل حصوله على الكفالة .

وإذا كان تبرع الكفيل بالكفالة هو الوضع الغالب المألوف، فإنه قد يتفق على منح الكفيل اجرا عن كفالته، وقد يتفق على أن يأخذ هذا الأجر من المدين أو من الدائن.

خامسا : الكفالة عقد ملزم لجانب واحد : وهذا هو شأن العقود التبرعية ، لأن المتبرع فيها هو الملتزم . أما الطرف الأخر فهو يستفيد من الكفالة دون أن يقدم شيئا للكفيل . ولكن إذا كان للكفيل اجر يقتضيه من الدائن (كما هو الحال

---

(١) محمد على عرفة: التعليق على نصوص القانون المدنى ص ٥٣٦.

(٢) فى مذهب الأمام أحمد تعتبر الكفالة نوعا من الضمان فتصح ممن يصح منه الضمان ، وتنعقد بإيجاب الكفيل وحده ، وينصرف معنى الكفالة إلى كفالة الحضور ، وسيأتى بيانها فى الفصل الأخير من هذا الباب . أنظر شرح منتهى الإرادات لمنصور البهوتى جـ ٢ ، ص ٢٥٢ ، وكشاف القناع للبهوتى ايضا جـ ٣ ص ٣٧٥ ، مجلة الأحكام الشرعية للدكتور عبد الوهاب أبراهيم ابو سليمان والدكتور محمد أبراهيم أحمد على ـ الطبعة الأولى ، المادة ١١٢٧ .

(٣) جمال زكى : فقرة ١٥.

فى المسائل التجارية) فإن الكفالة تصبح عقد معاوضة ملزم للجانبين (١) ونتيجة للصفة التبرعية تعتبر الكفالة مدنية ولوكان الإلتزام تجاريا أو كان الكفيل تاجرا . ولكن كفالة الإلتزام الصرفى عمل تجارى (٢) يستحق عليه أجر ...

ولتوافر الكفالة يجب أن يوجد التزام يكفله الكفيل وان يبرم عقد كفالة بين الكفيل والدائن . ولايضاح كل من هذين الموضوعين نعرض كلا منهما فى مبحث خاص كما يلى :

المبحث الأول : الإلتزام المكفول.

المبحث الثانى : كفالة الإلتزام.

المبحث الأول

الإلتزام المكفول

كفالة الإلتزام الصحيح:

تنص المادة ٧٧٦ من التقنين المدنى على أنه:

" لاتكون الكفالة صحيحة الا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا "(٣).

---

(١) ولكن العقد قد يفقد صفته كعقد كفالة ويصبح عقد تأمين وهو عقد اصلى لان الضامن يلتزم بصفة اصلية وليس بصفة تبعيه ويكون العقد احتماليا لامحددا . محمد على إمام: التامينات الشخصية والعينية- فقرة ١٥، جمال زكى : الفقرتين ١٦،١٧.

(٢) جمال زكى ، فقرة ١٧ .

(٣) النصوص العربية المقابلة هى : المادة ٧٤٣ مدنى سورى(مطابقة) ، والمادة ٧٨٥ مدنى ليبى (مطابقة)، والمادة ١٠٥٦ موجبات وعقود لبنانى موافقة، ولا مقابل له فى القانون المدنى العراقى. وانظر المادة ٢٠١٢ مدنى فرنسى والمادة ١٨٢٤ مدنى اسبانى والمادة ٧١٠ فرنسى ايطالى، والمادتان ٨٤٢ و ٨٥٢ من مرشد الحيران ، والمواد ٦٢٩و٦٣١ و ٦٣٣ من المجلة . وانظر ايضا: خليل ٤-١٢٤و ١٢٧، التسولى ١-١٩٥، الدر المختار ٤-٣٦٤: ابن نجيم ١-٣٣٦، ابن سلمون ٢-٢٢٣.

وانظر ايضا:

Digeste, IV,4,13pr.; XVII,1,12 § 13.

الإلتزام المكفول هو الإلتزام الأصلى الواقع على عاتق المدين . وهذا الإلتزام غالبا ما يكون موضوعه أداء مبلغ من النقود سواء كان هذا المبلغ واجبا كثمن فى عقد بيع أو اجرة فى عقد ايجار أو اجرا فى عقد مقاولة اومبلغا مقرضا الى المدين. وقد يكون الدين المكفول تعويضا عن عمل غير مشروع أو ردا لاثراء لاسبب له أو دينا الزم به القانون شخصا فقدم كفيلا يضمنه فى الوفاء به.

ولايوجد ما يمنع أن يكون الإلتزام المكفول التزاما بعمل أو بإمتناع أو التزاما بإعطاء شىء غير النقود . فقد يتعهد صانع بعمل بعض قطع الأثاث ويكفله فى ذلك شخص آخر كان يتقدم احد زملائه الصناع متعهدا بصنع هذا الأثاث إذا لم يقم به الملتزم ، أو بأن يؤدى ثمن هذا الأثاث كتعويض . وقد يلتزم صاحب مصنع لجيرانه بعدم تشغيل الاته بعد الرابعه مساء حرصا على راحتهم ويكفله فى ذلك شخص اخر متعهدا بدفع التعويض عن الإخلال بهذا الإلتزام .

وقد يتعهد تاجر ببيع سلعة معينة ويكفله تاجر آخر متعهدا بتقديم مثل هذه السلعة إذا لم يقم التاجر الأول بذلك

والإلتزام الأصلى الصحيح هو الذى تجوز كفالته. ومعنى هذا أنه إذا كان الإلتزام الأصلى باطلا فلا تجوز كفالته . غير ان هناك تفصيلا يجب بيانه فى هذه المسألة : ذلك انه اذا التزم شخص بأن يؤدى دينا على شخص آخر ولو كان هذا الالتزام باطلا فانه يلتزم بهذا لكى يؤمن الدائن ضد خطر التمسك ببطلان الدين . ولذلك لايعتبر كفيلا، بل يعتبر مدينا اصليا تعهد بأداء دين على غيره إذا تمسك هذا الغير ببطلان التزامه . ولذلك لايعتبر التزامه باطلا كالتزام المدين الأصلى ، لانه ليس كفيلا له ، بل هو ملتزم بالتزام مستقل عن التزام المدين الأصلى ، وعلى خلاف ذلك من يتقدم لكفالة التزام على غيره، فإن التزامه بالكفالة يكون تابعا لالتزام المدين الأصلى، فإذا كان الإلتزام الأصلى قابلا للإبطال كان إلتزام الكفيل أيضا قابلا للإبطال. والإلتزام الأصلى يكون باطلا إذا كان التزاما عقديا فقد أحد أركانه (الرضى أو المحل أو السبب) أو إختل فيه أحد هذه الأركان كما لو كان الإيجاب والقبول لم يقع التوافق بينهما، أو كان مخالفا للنظام العام والاداب أو كان السبب غير مشروع. وعندئذ يكون التزام الكفيل

باطلا كالتزام المدين . وقد يكون الإلتزام الأصلى قابلا للإبطال كما لو كان المدين قد أبرم العقد تحت تأثير غلط أو إكراه أو تدليس أو كان ناقص الأهلية . وفى هذه الحالة يكون التزام الكفيل قابلا للابطال كالتزام المدين (١). ولكن ليس ضروريا ان يتمسك المدين بإبطال التزامه ليتيح للكفيل ان يتمسك بهذا الإبطال، بل أن من حق الكفيل ان يتمسك بإبطال كفالته ولو لم يتمسك المدين بإبطال التزامه، بل إنه حتى عندما يجيز المدين العقد القابل للإبطال فينقلب صحيحا، فإن هذا لايمنع الكفيل من التمسك بابطال التزامه. والسبب فى هذا هو أن المدين ليس له أن يسوىء مركز الكفيل بفعله . ومن شأن تصحيح التزام المدين أن يسىء الى مركز الكفيل إذ يصبح التزامه باتا بفعل المدين بعد أن كان قابلا للإبطال، وهذا لايجوز للمدين، وان فعله يصبح التزامه هو باتا صحيحا ويبقى التزام الكفيل قابلا للإبطال .

وتقضى المادة ٧٧٧ من القانون المدنى بأن:
" من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين" .

وهذا الحكم مقرر أيضا فى الفقه الإسلامى ومعظم التقنينات الحديثة، وحتى فى التشريعات التى لم تنص على ذلك يمكن الأخذ بهذا الحكم اجتهادا بإعتبار أن الكفيل الذى يعلم بنقص اهلية المدين اما أن يقصد تأمين الدائن من خطر تمسك المدين بنقص اهليته فيكون مدينا اصليا ملتزما بتنفيذ الإلتزام الأصلى ولكن التزامه معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين الأصلى بتنفيذه.

وأما أن يقصد أن يبقى كفيلا ولكن مع النزول عن الحق فى التمسك بابطاله التزامه لأن علمه بكون المدين ناقص الأهلية يعنى تنازله عن التمسك بهذا الوجه إذا اجاز المدين تصرفه فانقلب فى حقه صحيحا (٢). وأما أن لايقصد

---

(١) السنهورى: ج ١٠- الفقرتان ١٩و ٢٠- ص ٣٩- ٤٥ .

(٢) السنهورى: ج ١٠- فقرة ٢١- ص ٤٣- ٥٠. ويرى عرفه أن الكفالة " لاتكون صحيحة الا إذا كان الإلتزام المكفول صحيحا ولو انصرفت النية الى تامين الدائن من خطر-

هذا ولاذاك فيكون له الحق فى التمسك بإبطال التزامه .

كفالة الإلتزام المستقبل والإلتزام المحتمل :

تنص المادة ٧٧٨ مدنى على أن:

" تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما الدين المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى".

" على انه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة فإن له فى اى وقت ان يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشا "(١).

تجوز الكفالة فى الدين الذى سينشأ فى المستقبل . والدين المستقبل اما أن يكون وجوده مؤكدا ولا ينقصه سوى كر الزمان ، وأما أن يكون وجوده محتملا

– التمسك ببطلان الإلتزام الأصلى وتستثنى المادة ٧٧٧ من هذا المبدا كفالة التزام ناقص الأهلية فتقرر انها تكون صحيحة إذا كانت الكفالة بسبب نقص اهلية المدين . ويلاحظ أن الكفيل يلتزم فى هذه الحالة بصفة اصلية فضلا عن التزامه التبعى بإعتباره كفيلا . فيكون التزام الكفيل تبعيا إذا لم يتمسك القاصر بالبطلان ويكون ملزما بتنفيذ الإلتزام كمدين اصلى إذا تمسك القاصر بالبطلان... والمقصود من عبارة " بسبب نقص الأهلية " أن يكون كل من الدائن والكفيل عالمين بنقص الأهلية عند التعاقد وأن تنصرف نيتهما الى ضمان الوفاء بهذا الإلتزام الباطل" انظر عرفه : ص ٥٣٨- ٥٣٩.

(١) النصوص العربية المقابلة هى : المادة ٧٤٤ مدنى سورى (مطابقة)، والمادة ٧٨٧ مدنى ليبى(مطابقة)، ولا مقابل له فى القانون المدنى العراقى، اما فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى فإن المادة ١٠٥٧ مطابقة للفصل ١١٢١ المغربى: ونص هذه المادة هو:" يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجبا ممكن الحدوث(كضمان نزع الملكية بدعوى الإستحقاق) أو موجبا مستقبلا أو غير معين بشرط أن يكون التعيين ممكنا فيما بعد(مثل كفالة المبلغ الذى سيحكم به على شخص ما) ففى هذه الحالة يحدد موجب الكفيل بما يجب على المديون الأصلى".

وانظر ايضا: المادة ٧٦٥ مدنى المانى والمادة ١٨٢٥ مدنىأسبانى والمادتان ٨٥٢،٨٤٦ من مرشد الحيران. وانظر ايضا: خليل ٤-١٢٨، ابن سلمون ٢-٢٢٣ و ٢٢٥، التسولى ١-١٨٨، تواتى ١٧٥، الدر المختار ٤-٣٦٤و ٣٦٦و ٣٧٠، رد المحتار ٤-٣٦٤.

اى انه قد ينشأ وقد لاينشأ (١). وهذا هو الإلتزام المحتمل وهو نوع من الإلتزام المستقبل . وفى الحالتين تصح الكفالة، طالما أن الإلتزام المستقبل لايشوبه البطلان . اما إذا كان الإلتزام المستقبل باطلا، كما لو تعلق بتعامل فى تركة إنسان لايزال حيا (التركة المستقبلة) فإن كفالته تكون باطلة ايضا.

ومن أمثلة كفالة الديون المستقبلة كفالة صحيحة : عقد فتح الإعتماد لدى البنك ، فقد يشترط البنك على العميل تقديم كفيل يضمن الرصيد المدين الذى ينتهى اليه الإعتماد ، وكذا كفالة الحساب الجارى لدى البنك وكفالة الإلتزام الذى قد ينشأ بسبب إستحقاق المبيع فى يد المشترى (٢) .

وقد إشترط النص لصحة كفالة الدين المستقبل أن يحدد مقدار الدين المكفول . وقد يعين الكفيل مدة يلتزم بكفالته خلالها فإذا لم ينشأ الدين المستقبل خلال هذه المدة سقط التزامه ولو نشأ الدين بعدها . وقد لا يعين الكفيل مدة وفى هذه الحالة قضى النص بأن للكفيل ان يرجع فى كفالته مادام الدين المستقبل لم ينشأ.

والإتجاه فى كثير من التشريعات الحديثة ينحو نحو حماية الكفيل من اندفاعه أو من مجاملته للآخرين فى الظروف الحرجة التى يتعرضون لها، فتظهر الشهامة والنجدة من القريب نحو قريبه وعن الصديق تجاه صديقه، ومن المرأة حيال زوجها ، ويبادر كل من هؤلاء الى عرض كفالته بكل ما يملك وفى اى دين ينشا مهما كان مقداره، غير مقدر لعواقب مثل هذا العرض السخى ، وفى النهاية يعجز المدين عن الوفاء ويضطر الكفيل الى الأداء ويندم ولات حين مناص. ولذلك قيل قديما ان الضمانة أو الكفالة : اولها شهامة، وأوسطها ندامة وآخرها غرامة .

---

(١) انظر جمال زكى: فقرة ٣٦ ويرى ان كفالة الإلتزام المسقبل ليست معلقة على شرط وانما هى تطبيق للمادة ١٣١ مدنى التى تجيز ان يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا.

(٢) أنظر المادة ١٠٨٠ من مجلة الأحكام الشرعية .

وقد أشار النص الى جـواز كفالـة الإلتـزام الشـرطى سـواء كـان معلقـا علىشرط واقف أو على شرط فاسـخ . ويكـون مصـير الكفالـة هـو نفـس مصـير الإلتزام الموصـوف، أى أنه إذا تحقق الشرط الواقف وجد الإلـتزام ووجـدت معـه الكفالة، وإذا تخلف الشرط زال الإلتزام وزالت كفالته ، وفى حالة الشرط الفاسـخ إذا تحقـق الشـرط زال الإلـتزام بـأثر رجعـى وزالـت الكفالـة ايضـا، وإذا تخلـف الشرط بقى الإلتزام وتأكد وكذا كفالته.

المبحث الثانى
كفالة الإلتزام

تتم كفالة الإلتزام كما تقدم بعقد طرفاه هما الدائن والكفيل. وتقدم ايضـا ان المدين ليس طرفا فى هذا العقد . وان كان له دور بلاشك فى الأعداد له ذلـك ان الدائن يطالب المدين بتقديم ضمان عينى أو شخصى . وقد يجد المدين ان الأيسر بالنسبة له تقديم الضمان الشخصى فيبحث عن كفيل يتفـق معـه علـى أن يضمـن الدين لدى الدائن وهذا هو الوضع العادى المألوف للكفالة . وقد تتم الكفالة تطوعا من الكفيل وبدون علم المدين (١) ، بل وقد تتم رغم رفـض المديـن وإعتراضـه، وفى هذه الحالة يكون الكفيل ملتزمـا قبـل الدائـن دون أن يسـتطيع الرجـوع علـى المدين بشىء إذا هو وفى الدين الا فى حدود قواعد الإثراء بلا سبب، وفـى هـذا المعنى تقول المادة ٧٧٥ مدنى : "تجوز كفالة المديـن بغـير علمـه وتجـوز ايضـا رغم معارضته " (٢) .

(١) نقض مدنى مصرى: ١٩٣٣/٥/٤- مجموعـة أحكام النقض ١٩٥٦/٣١- ج ٢- ص ٩٣٦.

(٢) تقابل هذا النص: المادتان ٧٤١ مدنى سورى و ٦٨٤ مدنى ليبى ولا مقابل لها فى القانون المدنى العراقى والمادة ١٠٦٢ موجبات وعقود لبنانى نصها:

" تجوز كفالة الموجب بدون علـم المديـون الأصلـى وبـالرغم مـن مشيئته، أمـا الكفالـة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها ان تنشىء رابطة قانونية بينـه وبيـن الكفيل، بل يكون الكفيل ملزما تجاه الدائن فقط " والمادة ١١٢٦ التزمات مغربى. وانظر ايضا: المادة ٢٠١٤/١مدنى فرنسى، والمادة ٧١٢ فرنسـى ايطـالى . وانظـر ايضـا: خليـل ٤-١٣٠، التاودى ١-١٩٢، ابن عاصم ٢٥٩- وانظر ايضا:

CODE,18,19,LOI ULT.

وبناء على ما تقدم : إذا تمت الكفالة بناء على طلب المدين الى الكفيل أو على الأقل بناء على إذن منه ، فإن الكفيل يكون له ان يرجع بما وفاه على المدين بدعوى الوكالة، وإذا تمت الكفالة بعلم المدين ولكن دون ان يكون

قد صرح بذلك أو اذن فيه أو تمت بغير علم المدين اصلا فإن الكفيل يرجع عليه بدعوى الفضالة . أما إذا تمت الكفالة رغم رفض المدين اياها وإعتراضه عليها فليس للكفيل ان يرجع عليه الا طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

والكفالة على ثلاثة انواع :

النوع الأول :

كفالة إتفاقية : اى تتم بناء على إتفاق سابق بين الكفيل والمدين على أن يكفل الأول الثانى ، أو بين الكفيل والدائن.

النوع الثانى :

كفالة قانونية : ينص القانون على تقديمها فى حالات معينة كضمان للإلتزام.

النوع الثالث :

كفالة قضائية : يسمح القانون للقاضى بأن يلزم بها أحد الأطراف فى الدعوى ضمانا لإلتزام عليه .

وقد تتعدد حلقات الكفالة، وذلك أنه بعد أن يلتزم الكفيل توثيقا لدين المدين، يتقدم شخص آخر ليكفل الكفيل أو ليوثق التزام الكفيل ويسمى هذا الشخص بالمصدق أو كفيل الكفيل.

ويعتبر مركز الكفيل من المصدق كمركز المدين من الكفيل، فلا يجوز للدائن ان يطالب المصدق حتى يبدا بمطالبة الكفيل ، ولكن إذا كان المصدق متضامنا مع الكفيل كان للدائن ان يطالب أيهما شاء.

وتنص المادة ٧٩٧ مدنى على كفالة الكفيل قائلة:

" تجوز كفالة الكفيل. وفى هذه الحالة لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، الأ إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل " (١).

وللكلام عن كفالة الإلتزام الأصلى يجب أن نتناول أركان عقد الكفالة بشىء من التوضيح وذلك فى الفقرات التالية:

الرضا فى الكفالة : يتم التراضى بين الكفيل والدائن، فإذا كان هناك تراض بين الكفيل والمدين لم يكن عقد كفالة ولكنه قد يكون وعدا بالكفالة . والوعد بالكفالة عقد يلزم الكفيل، ويمكن أن تتوافر فيه شروط الإشتراط لمصلحة الغير وهو الدائن ، فيكون للدائن أن يستفيد من هذا الإشتراط ويطلب الزام الكفيل بالكفالة لصالحه . وعقد الوعد لا يتم الا بايجاب وقبول من المدين والكفيل، فإذا لم يصدر قبول للوعد لم ينعقد به عقد.

وقد يكون الوعد بالكفالة وعدا صادرا من الكفيل الى الدائن، وهذا الوعد – متى قبله الدائن– يعطى للدائن حق مطالبة الكفيل بتنفيذه، ويمكنه ان يطلب الى القضاء الحكم على الكفيل بتعويض عن الأضرار المترتبة على إمتناعه عن تنفيذ وعده بالكفالة . وقد يرى القاضى ان الضرر المترتب هو عدم إمكان إقتضاء الدين من المدين فيلزم به الكفيل على سبيل التعويض وفى هذا الفرض يستوى الزام الكفيل بوعده أو إحلاله منه فى مقابل التعويض.

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى المادة ٧٦٣ مدنى سورى(مطابقة) والمادة ٨٠٦ مدنى ليبى (مطابقة)، والمادة ١٠٣٩ مدنى عراقى مقاربة، والمادتان ١٠٦٣، ١٠٧٦ موجبات وعقود لبنانى موافقة للنص المغربى وهو المادة ١١٣٩ التزامات وعقود. وانظر ايضا: المادة ١٨٣٦ مدنى اسبانى والمادة ٧١٢ فرنسى ايطالى والمادة ٦٤٥ من المجلة ، والمادة ٨٥٦ من مرشد الحيران وانظر ايضا: خليل ٤–١٤٥ . ولا يجيز المذهب الحنبلى كفالة المصدق وتنص المادة ١٠٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على أن " الفرع لا يكون أصلا لفرع مثله ، فإذا ضمن أثنان حقا فلا يصح أن يضمن أحدهما الأخر فيه " .

وعند إبرام عقد الكفالة يجب أن يعبر الكفيل عن كفالته تعبيرا صريحا مكتوبا (١) وأن تفيد عبارته انه قد التزم بضمان الدين بصفة قاطعة فإذا كان هناك تردد فى عبارة الكفيل أو غموض اعتبر انه لم يلتزم بالكفالة لكون التزامه غير صريح.

وتنص المادة ٧٧٣ مدنى على أن : " لاتثبت الكفالة إلا بالكتابه ، ولو كان من الجائز اثبات الإلتزام الأصلى بالبينة " .

وتطبيقا لهذا النص ، إذا أرسل شخص الى الدائن رسالة يطلب اليه فيها أن يعطى المدين الدين ويفيده بأنه يعلم ملاءة المدين وإستقامته ووفاءه بديونه فى مواعيدها وأنه موضع الثقة فى معاملاته، فمثل هذه الرسالة ليست كفالة، بل يجب أن يعبر الكفيل عن كونه يلتزم شخصيا بكفالة الدين ولكن قد يسأل صاحب هذه التوصية مسئولية تقصيرية (٢).

وقد استعاض القانون المدنى المصرى عن إشتراط أن يكون التزام الكفيل صريحا، بإشتراط الا يثبت التزام الكفيل الا بالكتابة ، حتى ولو كان الدين الأصلى قابلا للإثبات بالبينة، فمن شأن الكتابة ان تلفت نظر الكفيل الى خطورة الإلتزام الذى سيتعرض له فيتروى قبل الإرتباط به والكتابه مشترطة للإثبات لاللإنعقاد (٣) .

ونتيجة إشتراط الكتابة فى إثبات الكفالة ، فإن الوعد بالكفالة فى القانون

---

(١) عرفه : ص ٥٣٦ ويرى الدكتور جمال زكى ان التعبير الضمنى جائز ان تنعقد به الكفالة لان المادة ٩٠ مدنى تسوى بين التعبير الصريح والضمنى وإذا غمت الإرادة استقل قاضى الموضوع بالكشف عنها وفقا للقواعد العامة فى تفسير العقود. وإذا شك انه مدين اصلى أو كفيل فسر ذلك لمصلحته فيعتبر كفيلا (زكى : فقرة ٢٦).

(٢) كما لو كان قد أعطى بيانات غير صحيحة للدائن مرتكبا خطأ جسيما أو تهورا بالغا فى إعطائها أو كما لو أعطى توصية أو نصيحة للدائن بسوء نية أو تدخل بحكم وظيفته فارتكب خطأ جسيما .

(٣) عرفة ص ٥٣٦ .

المصرى لايثبت كذلك الا بالكتابه (المادة ٧٧٣ مدنى) (١).

وقد يصدر تعبير الكفيل عن إرادته برسالة موجهة الى الدائن أو مع رسول أو بواسطة نائب يحمل وكالة خاصة محددة فى شأن الكفالة (٢) ، أو بواسطة توقيع الكفيل على سند الدين أو على ورقة تجارية يكون الدائن مستفيدا منها . وفى هذه الحالة الأخيرة اذا خرجت الورقة من يد الدائن وانطلقت فى التداول تحمل الكفيل المخاطر التى تنجم عن ذلك ، إذ يكون للحامل حسن النية ان يطالب بقيمتها غير متقيد بأحكام الكفالة .

أما تعبير الدائن عن إرادته فى عقد الكفالة فلا يلزم ان يكون صريحا بل يكفى فيه أن يكون ضمنيا أو شفهيا . فإذا احتفظ الدائن برسالة الكفيل التى تعهد فيها وطالبه بناء عليها بوفاء الدين كان هذا قبولا منه لكفالة الكفيل . ولكن إذا رفض الدائن الكفالة

---

(١) النصوص العربية المقابلة وهى المادة ٧٣٩ مدنى سورى مطابقة ، والمادة ٧٨٢ مدنى ليبى مطابقة ، والمادة ١٠٥٩ موجبات لبنانى موافقة للنص المغربى ولا نظير له فى القانون العراقى . وأنظر أيضا المادة ٢٠١٥ مدنى فرنسى والمادة ٧٦٦ مدنى ألمانى ، والمادة ٦٣١ مدنى بولونى والمادة ٦٢٢ من المجلة ، والتاودى والتسولى ١٨٧/١ ، وأبن سلمون ٢/ ٢٢٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية بتاريخ ١٩٤٨/٣/٢٥بأن الكفالة عقد ينطوى على تبرع فلا يسوغ اجراؤه بطريق الوكالة الا بعد إثبات توكيل خاص به فالتوقيع على عقد الكفالة بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالاقرار والصلح لايصح.. والتوكيل العام فى جنس العمل وان كان معتبرا بدون نص على موضوع العمل لايسرى على التبرعات(مجموعة قواعد النقض ١٩٥٦/٣١/ج٢- ص ٩٣٦) كما قضت فى حكم آخر بتاريخ١٩٣٧/٤/١بانه لكون الكفالة من عقود التبرع فيجب " أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل ان يرهن ما يرى رهنه من أموال الموكل ويقرض مقابل الرهن فإنه يكون مقصورا على الإستدانة ورهن ما يفى بالدين من املاك الموكل. ولايجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل بإسم موكله مدينا وان يرهن اطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين (مجموعة قواعد النقض ١٩٥٦/٣٠-ج٢ ص ٩٣٦).

أو إعتبر الكفيل شخصا غير مليء ورفض كفالته، فإن الكفالة لا تنعقد ولايكون للدائن بعد ذلك أن يتمسك بها(١).

وتنص المادة ٧٧٤ مدنى على انه:" إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب ان يكون شخصا موسرا ومقيما فى مصر، وله ان يقدم عوضا عن الكفيل تامينا عينيا كافيا " (٢).

عيوب الارادة : يمكن للكفيل ان يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين فى مواجهة الدائن، ومنها دفوع عيوب الارادة الخاصة بالإلتزام الأصلى وللكفيل فوق ذلك أن يتمسك بعيوب الإرادة الخاصة به هو، كما إذا كفل الدين تحت تأثير غلط أو تدليس أو اكراه ، فإذا كان له ان يطلب ابطال التزامه للغلط فى كون الدين لاينتج فوائد ، فهذا غلط فى صفة جوهرية فى الإلتزام فإذا عرض الدائن ان يتخلى عن الفوائد مقابل الإبقاء على الكفالة ، فإنه لايكون للكفيل ان يتذرع بقابلية العقد للإبطال.

وقد قضت محكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه قولا منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب فضاع منه السند فلجأ الى مدينه ليكتب له بدلا منه فأبى الا إذا وقع هو له اقرارا بكفالة اخيه فى دين له قبله فلم يجد مناصا من القبول فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر فى إرادة الكفيل وهو رجل مثقف خبير بالشئون والمعاملات المالية الى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة اخيه فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند بحكم

---

(١) يجيز الفقه الإسلامى ان يلتزم الكفيل تجاه دائن غير معين اى ان يلتزم بإرادته المنفردة فيقول التسولى فى شرح تحفة ابن عاصم" فإن سقط من الرسم المضمون له صح"(انظر : البهجة– ص ١٨٣) وإذا لم يقبل الدائن كفالة الكفيل لم يكن له ان يطالبه بشيء بعد ذلك (البهجة ص ١٨٤)

(٢) شرط ان يكون " مقيما فى مصر " حذف فى مجلس النواب والشيوخ اكتفاء بان تكون للكفيل اموال فى مصر يجوز التنفيذ عليها ومع ذلك ظهر فى النص الرسمى المنشور . انظر عرفه ص ٥٣٧.

كونه واقعة لايد للمكفول له فيها لايكون الإكراه المبطل للعقود فهذا تزيد منه لايعيبه ان يكون قد اخطأ فيه . وقررت المحكمة فى هذاالحكم كذلك أن جسامة الخطر الذى ينشا عنه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه (١).

الأهلية: رأينا أن الاصل أن تكون الكفالة تبرعية بلا أجر ولذا يكون التزام الكفيل تبرعا ويجب ان تتوافر فيه أهلية التصرفات الضارة ضررا محضا ، اى بلوغ سن الرشد والا كان التزامه باطلا . اما إذا كانت الكفالة باجر فإنها تصبح من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإذا ابرمها المميز كانت قابلة للإبطال لمصلحته . واما الدائن فتكفى فيه أهلية التعاقد لانه يستفيد من الكفالة التبرعيه ، وتلزم فيه اهلية التصرف إذا اعطى الكفيل اجرا عن كفالته. فإذا قبل الكفالة دائن مميز أو سفيه أو ذا غفلة بدون اجر فهى تصرف نافع له نفعا محضا فتصح(٢).

محل الكفالة : تنصب الكفالة على الإلتزام الأصلى ، وهذا الإلتزام يجب ان يكون التزاما مدنيا صحيحا . فلا تجوز كفالة الإلتزام الطبيعى كفالة مدنية ، لان الدائن يستطيع عندئذ ان يجبر الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين ويكون هذا اجبارا للمدين على الوفاء ولكن بطريق غير مباشر . والمعروف ان الإلتزام الطبيعى لايجبر المدين على الوفاء به لابطريق مباشر ولا بطريق غير مباشر.

وإذا كان الإلتزام التزاما مدنيا ولكنه كان باطلا أو قابلا للابطال فإن الكفالة تتبعه فى ذلك فتكون باطلة أو قابلة للإبطال مثله . وإذا كان الإلتزام المكفول معلقا على شرط كانت الكفالة كذلك وإذا كان مضافا الى أجل كان للكفيل نفس الأجل ولايجوز أن يكون التزامه فى هذه الحالة منجزا.

---

(١) مجموعة القواعد النقض ١٩٥٦/٣١-ج٢-ص١٣٦.
(٢) جمال زكى: فقرة ٢٧.

وقد يكون الإلتزام المكفول منجزا ، ويكون التزام الكفيل معلقا علـى شـرط أو مضافا الى أجل . وإذا مد الدائن للمدين أجل الديـن ، إسـتفاد الكفيـل مـن ذلـك وبالعكس لايستفيد المدين من قيام الدائن بمد الأجل للكفيل ، الا إذا صـرح الدائـن بموافقته على أن يفيد المدين من هذا الأجل . وإذا مد الدائن الأجـل للمديـن وهـو موسر فى هذا الوقت برئت ذمة الكفيل الاإذا كان الكفيل قد وافق على مد الأجل.

وثمة قاعدة أساسية هى وجـوب تفسير الكفالـة تفسـيرا ضيقـا . فـإذا كـان هناك شك حول عبارات الكفالة فسر هذا الشك لمصلحة الكفيل . فإذا كفل الكفيـل الإيجار خلال مدة معينة وانتهت المدة فلا يكفل التجديد الضمنـى لـه . وإذا كفـل فتح إعتماد وحسابا جاريا حتى مبلغ معين ، فلا يلتزم بما يزيد على المبلغ المحدد فى كفالته حتى ولو زاد الرصيد المستحق على المدين وتجاوز هذا المبلغ وتجديد الدين باستبدال المدين أو حوالة الدين لمدين جديد تبرىء ذمة الكفيـل . وإذا حـدد وقت معين لنشوء الدين الأصلى تبرأ الكفيل إذا لم ينشأ خلاله(١).

ومن ناحية أخرى فإنه يجب الا يلـتزم الكفيـل بشـروط اشـد مـن الشـروط الخاصة بالإلتزام الأصلى . فإذا كان الـدين الأصلى لاينتج فوائد، فـلا يجـوز أن يلتزم الكفيل بإعطاء فوائد . وإذا كان الدين الأصلـى طبيعيـا ، فـلا تجـوز كفالتـه كفالة مدنية ، وإنما يمكن كفالته كفالة طبيعية ، ولو أنها لا تجدى الدائن شيئا.

ويجوز على العكس مما تقدم أن تعقد الكفالـة بشـروط أخـف وأهـون مـن شروط الإلتزام الأصلى . فيكون الأجل الممنوح للكفيل أطول من الأجل الممنـوح للمدين أو يكفل الكفيل جزءا من الدين فقط.

فـإذا جاوزت الكفالـة شـروط الإلـتزام الأصلى، لـم تبطـل ، ولكـن يجـب انقاصها الى حدود الإلتزام الأصلى.

---

(١) جمال زكى : فقرة ٣٩. وتجوز كفالة الدين المعلق على شرط أو غير المعين متى كان قابلا للتعيين وكان صحيحا. اما الإلتزام الباطل (لتخلف الشكل أو عدم مشروعية المحل أوالسبب أو عدم توافق الإرادتين أو إنعدام الإرادة) فتكون كفالته باطله، مثل كفالـة ديـن قمار أو فوائد ربويه أو تبرع لولد الزنـا أو الإلـتزام المعلق علـى شرط مستحيل أو غير مشروع أو التزام مفلس بتقرير ميزة لاحد دائنيه أو المتقاسم أو البائع بالامتناع عن رفع دعـوى إبطـال القسمه أو البيع بسبب الغبن . (جمال زكى _ الفقرتين ٣٤،٣٣)

ويثور التساؤل حول ما إذا كان من الجائز ان تكون الكفالة اشد فى بعض شروطها على ان تكون أخف من الإلتزام الأصلى فى البعض الآخر من الشروط، الرأى الراجح فى هذه المسألة هو عدم جواز ذلك إذ من الصعب تحديد ما إذا كانت الميزة فى التخفيف تساوى الضرر أو تقل أو تزيد عنه، وهذا هو إتجاه محكمة النقض الفرنسية (١).

ويجب فى عقد الكفالة توأفر الشروط الخاصة بمحل الإلتزام . فإذا كان الكفيل يضمن عملية تهريب أو سداد فوائد ربوية أو إستمرار علاقة غير مشروعة بين رجل وإمرأة ، فإن الكفالة تكون باطلة لكونها تنصب على محل غير مشروع كذلك لايستطيع الكفيل أن يكفل إلتزاما لايجوز أن يقوم به غير المدين فلا يجوز مثلا أن يقوم بتحمل العقوبة البدنية بدلا من المحكوم عليه بها . والكفالة تجوز سواء كان مصدر الدين العقد أو الفعل الضار أو النافع أو القانون وسواء كان التزاما بإعطاء أو بعمل أو بإمتناع عن عمل.

وإذا لم تحدد الكفالة بمبلغ معين، فإنها تشمل الى جانب التزام المدين الأصلى توابعه أو ملحقاته من مصروفات وتعويضات وما الى ذلك (٢) .
فالمادة ٧٨١ تنص على انه : " إذا لم يكن هناك إتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل (٣).

---

(١) السنهورى: ج١٠- فقرة ٢٥- ص ٦١ وهامش رقم ٢ بهذه الصفحة، اوبرى ورو: ج٦- ص ٣١٩- هامش رقم ١٠حيث يذكر حكم نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٨٨٦.

(٢) التسولى: البهجة- ج ١- ص ١٨٣.

(٣) النصوص العربية المقابلة هى: المادة ٧٤٧ مدنى سورى مطابقة والمادة ٩٩٠ مدنى ليبى (مطابقة) والمادة ١٠١٥ مدنى عراقى (مطابقة) والمادة ١٠٦٦ موجبات وعقود لبنانى موافقة للنص المصرى ومطابقة للفصل ١١٣٠ التزامات مغربى. وانظر ايضا: المادة ٢٠١٧ مدنى فرنسى والمادة ٧٦٧ مدنى المانى والمادة ١٨٢٧ مدنى اسبانى.
وانظر ايضا:
DIGESTE, XLV, 1,49S1; 88, 91S 4; XLVI, 158S1 XIX,2,54 PR
CODE , IV, 54,,5.

ويستفاد من هذين النصين أنه إذا لم تكن الكفالة محددة بمبلغ معين سواء كان هذا المبلغ هو مبلغ الإلتزام المكفول أو جزء محدد منه فإن الكفيل يلتزم بما يلتزم به المدين (مع مراعاة أن يكون مقداره معقولا بالنظر الى من منحت له الكفالة). والمدين يلتزم بالدين وملحقاته وكذا الكفيل. فيلتزم الكفيل بالتعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه وعامة بكل ما تشمله المسئولية العقدية للمدين . فكفيل المستأجر يلتزم بأداء الأجرة والتعويض عن التأخير والتعويض عن حريق فى العين. ولكن لايضمن مدة التجديد الضمنى للإيجار الأ إذا اشترط عليه ذلك . ويضمن مصاريف العقد وأجر السمسار أو المحامى ورسوم التسجيل ، اما مصاريف المطالبة فيضمن منها مصاريف المطالبة الأولى الموجهة الى المدين، ويضمن المصاريف اللاحقة التى ينفقها الدائن على الإجراءات بغير اسراف إذا كان الدائن قد أخطر الكفيل بإتمام المطالبة الأولى إذ يجب على الكفيل عندئذ أن يبادر الى سداد الدين طالما أن المدين لم يقم به . وما دام الكفيل لم يفعل ذلك فعليه ان يتحمل نفقات الإجراءات التى يقوم بها الدائن . أما إذا كان الدائن يتخذ الإجراءات التالية للمطالبة الأولى دون إخطار الكفيل بإمتناع المدين فإن الكفيل لايلزم بهذه المصاريف وتبقى على عاتقه مصاريف المطالبة الأولى فقط فى جميع الأحوال .

ولما كانت الكفالة تفسر تفسيرا ضيقا كما تقدم، فإنه ينتج عن ذلك ان الكفيل لايضمن التزامات جديدة ابرمها المدين بعد كفالة الإلتزام الأصلى . ولكن إذا كان هناك عقد واحد كفله الكفيل وتفرعت عنه التزامات متعددة فإن كل هذه الإلتزامات تعتبر مضمونة بالكفالة نفسها.

ويعتبر محلا للكفالة ما قد يلتزم به الدائن من أجر للكفيل . أما إذا كان الملتزم بالاجر هو المدين فلا يكون الأجر هنا محلا للكفالة . ولا يقر الفقه الإسلامى تعاطى الكفيل للأجر ولا ثمن الجاه الا إذا كان ذلك عن نفقة وتعب وسفر بذله ذو الجاه (١) .

---

(١) وفى هذا المعنى قيل: القرض والضمان رفق الجاه .: تمنع ان ترى لغير الله.
انظر : البهجة – ص ١٨٥.

ولا يجوز للمدين أن يجعل مركز الكفيل أسوأ مما كان عليه عند الكفالة . فإذا نزل المدين عن التمسك ببعض الدفوع كان للكفيل ان يتمسك بها رغم ذلك وإذا نزل المدين عن أجل الدين بقى للكفيل التمسك بالأجل الأصلى . ومن ناحية اخرى يستفيد الكفيل من المزايا التى يمنحها الدائن للمدين فإذا منح الدائن المدين اجلا جديدا أو تنازل عن الفوائد أو عن جزء من الدين كان للكفيل ان يستفيد من ذلك كله.

السبب : يجب أن يكون سبب الكفالة مشروعا فإذا كان الكفيل قد تقدم لكفالة التزامات على خليلة له لكى تستمر فى علاقة غير مشروعة به كانت هذه الكفالة باطلة لعدم مشروعية السبب.

وسبب التزام الكفيل نحو الدائن هو علاقة الكفيل بالمدين من ناحية وعلاقة هذا الأخير بالدائن من ناحية اخرى . ولان الدائن اجنبى عن علاقة الكفيل بالمدين فإنه – طبقا للفقه السائد – ليس للكفيل ان يتمسك فى مواجهة الدائن بدفوع علاقته بالمدين أى أن التزام الكفيل تجاه الدائن التزام مجرد عن دفوعه قبل المدين . أما الدفوع التى للمدين تجاه الدائن فقد سمح القانون للكفيل بأن يتمسك بها كما يتمسك أيضا بدفوع عقد الكفالة ذاته لان الدائن طرف فيه . وهذاالحكم يتمشى مع نظريتنا فى التصرف المجرد التى سبق شرحها فى كتابنا نظرية العقد حيث أن الدفوع التى يتجرد الإلتزام عنها هى دفوع علاقة لم يكن الدائن طرفا فيها ولا يعلمها، اما دفوع العلاقات التى كان طرفا فيها أو لم يكن طرفا فيها ولكن علم بها أو تواطأ عليها فإنه يمكن توجيهها اليه لانه لايكون حسن النية عندئذ.

الفصل الثانى

آثار الكفالة

هناك علاقة بين المدين والدائن تحكمها قواعد المصدر الذى أنشأ الإلتزام سواء كانت قواعد العقد أو المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو القانون ، ولذا لانتعرض هنا لهذه العلاقة.

وإنما تهمنا هنا علاقتان أخريان هما : علاقة الكفيل بالدائن، وعلاقة الكفيل بالمدين.

ونخصص لكل من هاتين العلاقتين مبحثا كما يلى:

المبحث الأول: علاقة الكفيل بالدائن.
المبحث الثانى: علاقة الكفيل بالملتزمين.

المبحث الأول

علاقة الكفيل بالدائن

يختلف حكم هذه العلاقة بحسب ما إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين أو غير متضامن.
وعلى ذلك يتفرع هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول : علاقة الكفيل العادى بالدائن.

المطلب الثانى : علاقة الكفيل المتضامن بالدائن.

المطلب الأول

علاقة الكفيل العادى بالدائن

الكفيل العادى هو الكفيل الذى لايلتزم بالتضامن مـع المديـن، والاصـل فـى الكفالة ان تكون عادية لان التضـامن لايفـترض . ولكـن إذا اشـترط صراحـة أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين فإن الكفالة تصبح تضامنية.

وفى علاقة الكفيل بالدائن توجد حقوق لكل منهما تجـاه الآخـر، فـالدائن لـه الحق فى إقتضاء الدين من الكفيل إذا لم يقم المدين بأدائه، وله الحق فى أن يسلك السبل القانونية التى توصله الى ذلك ولو مات الكفيل، وله الحق فى إقتضاء الدين مع ملحقاته وله الحق فى طلب ضمان جديـد إذا اعسـر الكفيـل . امـا الكفيـل فلـه الحق فى أن يدفع مطالبة الدائن بالدفع بتجريد المدين مـن أموالـه أولا ولـه الحـق فى ان يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفع بالتقسيم وبكل الدفوع التى للمدين التمسك بها والدفوع الناشئة عن عقد الكفالة.

وسنبحث فى فقرتين متتاليتين حقوق كل من الكفيـل والدائـن فـى علاقتهمـا بادئين بالكلام عن الكفيل .

١ – حقوق الكفيل العادى

نتناول فى هذا الموضوع حق الكفيل فى التمسك بتجريد المديـن وحقـه فـى التمسك بالدفع بالتقسيم وبالدفوع الأخرى تجـاه الدائـن وحقـه فـى الحلـول وهنـاك حقوق اخرى اقل اهمية سوف يرد ذكرها أثناء معالجة هذه الحقوق.

اولا : حق الكفيل فى المطالبة بالبدء فى مطالبة المدين وبتجريد المدين:

تنص المادة ٧٨٨ من التقنين المدنى على أن:
١– "لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل الا بعد رجوعه على المدين".

٢- " ولايجوز له ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

وتنص المادة ٧٨٩ مدنى على انه:
١- " إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن الى أموال للمدين تفى بالدين كله".

٢-" ولاعبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية أو كانت أموالا متنازعا فيها"(١).

يفرق التقنين المدنى بين حق الكفيل فى التمسك بوجوب قيام الدائن بمطالبة المدين أولا، وبين حق الكفيل فى الدفع بتجريد المدين . فالكفيل يدفع مطالبة الدائن له بأداء الدين بالدفع بوجوب البدء بمطالبة المدين فإذا طالب الدائن المدين وإتخذ الإجراءات ضده ولم يحصل رغم ذلك على حقه فرجع على أموال الكفيل كان للكفيل عندئذ أن يتمسك بتجريد المدين من أمواله.

أما فى القانون الفرنسى واللبنانى والمغربى فلا يفرق بين هذين الإجراءين، وإنما يمكن للكفيل ان يدفع اول مطالبة من الدائن بالدفع بتجريد المدين من أمواله . والفرق ليس كبيرا بين هذين الإتجاهين ، لأن الكفيل عندما يطالب الدائن بتجريد المدين اولا، فكأنه يلزمه بأن يتخذ اجراءات إعذار المدين ومطالبته قضاء وتعقب أمواله للتنفيذ عليها . والتنفيذ على أموال المدين هو تجريده منها، ولكنه لايتأتى إلا بإتخاذ الإجراءات السابقة عليه من إعذار ومطالبة قضائية للحصول على سند تنفيذى يمكن التنفيذ بموجبه.

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى: المادتان ٧٥٥،٧٥٤ مدنى سورى (مطابقة) والمادتان ٧٩٨،٧٩٧ مدنى ليبى (مطابقة) والمادتان ١٠٢١، ١٠٢٢، مدنى عراقى (موافقتان) والمواد ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤ موجبات وعقود لبنانى (موافقة) . وانظر المادتين ١٨٣٠و ١٨٣٢ مدنى اسبانى والمواد ٧١٩ - ٧٢٢ مشروع فرنسى ايطالى. وانظر ايضا : خليل ٤-١٣٦، التاودى ١-١٩١، ابن عاصم ٢٥٨ ، تواتى ١٧٦و ١٧٧

ويمكن أن يستخدم الكفيل حق الدفع بتجريد المدين ، أمام القضاء إذا أقام الدائن الدعوى ضده ، أو فى غير مجلس القضاء إذا طالبه الدائن ثم .

ولكى ينجح الدفع بتجريد المدين، يجب أن تتوافر الشروط التالية:

١- ان يتمسك به الكفيل : فهو ذو المصلحة فى التمسك بهذا الدفع ، وهو بعد دفع غير متعلق بالنظام العام ، فلا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم به (١) . أما إذا تنازل الكفيل عن التمسك بهذا الدفع فإن الدائن يكون له الحق فى أن ينفذ على أموال الكفيل ولو كانت لدى المدين أموال معروفة . ويشبه وضع الكفيل العادى وضع الكفيل المتضامن فى هذه الحالة ولايلزم أن يكون نزول الكفيل صريحا . فإذا كان نزولا ضمنيا يعتد به . فإذا كان الكفيل قد سكت على إتخاذ الدائن لبعض الإجراءات على أمواله ولم يدفع بالتجريد فإن الكفيل لايستطيع أن يعود الى التمسك بهذا الدفع ويفسر سكوته على انه نزول(٢).

٢- أن تكون هناك أموال للمدين يقوم الكفيل بإرشاد الدائن اليها(٣) ويجب أن تكون هذه الأموال موجودة داخل البلاد فلا يكلف الدائن بتتبع أموال المدين فى الخارج . ويستوى أن تكون أموالا منقولة أو عقارية، ولكن يجب دائما ان تكون أموالا قابلة للتنفيذ عليها . فإذا كانت من الأموال التى تمثل الحد الأدنى لمعيشة المدين والتى تحظر قوانين المرافعات الحجز عليها، فلا يستقيم ولا ينهض الدفع بالتجريد اذ لاجدوى من رجوع الدائن على مثل هذه الأموال . ويجب أن تكون تلك الأموال غير متنازع عليها، فلا يجبر الدائن على إنتظار نتيجة فض هذا النزاع، والأموال المتنازع فيها ليست فقط تلك التى تكون موضوعا لدعوى امام القضاء ، بل تشمل ايضا الأموال التى تثور بشأنها منازعة جدية ولو كانت لم تعرض على القضاء . ويجب أن تكون الأموال التى يرشد الكفيل الدائن اليها غير مثقلة برهون رسمية تستغرق جزءا كبيرا من قيمتها. وأن يكون حق المدين عليها مؤكدا غير قابل للفسخ ، فإذا كان المدين قد تملك أموالا

---

(١) امام: فقرة ٦٤-ص ١٠٣.

(٢) انظر: السنهورى: الوسيط - ج ١٠ - فقرة ٤٨ - ص ١١٧.

(٣) امام : فقرة ٦٣- ص ١٠١.

تحت شرط فاسخ أو كان سند ملكيته قابلا للإبطال أو الفسخ فلا يستطيع الكفيل أن يطلب الى الدائن تجريد المدين منها لان الدائن قد يتعرض حقه لمخاطر كبيرة إذا أبطل أو فسخ سند ملكية مدينه ، واخيرا يجب أن تكون الأموال التى يرشد اليها الكفيل كافية للوفاء بحق الدائن كاملا لأنها إذا لم تكن كافية كان لابد للدائن من مضاعفة اجراءات الرجوع اذ يرجع على المدين فى اموال غير كافية ثم على الكفيل بالباقى، وهذا ازدواج ليس له ما يبرره ، ثم انه يعتبر اجبارا للدائن على قبول الوفاء الجزئى من المدين وهو لايجوز . لذلك لاينجح الدفع بالتجريد تجاه الدائن الأ إذا كانت أموال المدين كافية للوفاء بحق الدائن كاملا.

كذلك لاينجح الدفع بالتجريد إذا كانت مطالبة الدائن للمدين الأصلى قد اصبحت عسيرة نتيجة لنقل المدين محل إقامته أو موطنه أو مركز صناعته من المحل الذى يجب فيه الوفاء أو من المكان الذى نشأ فيه الإلتزام فأن ذلك يكلف الدائن نفقات زائدة للرجوع على المدين ومشقات وصعوبات فى التنفيذ والإنتقال وكذلك الشأن فيما إذا كان المدين الأصلى معسرا إعسارا بينا أو أشهر إفلاسه فيكون للدائن فى هذه الحالات أن يرجع على أموال الكفيل دون التقيد بتجريد المدين اولا.

وإذا استوفى الدفع بالتجريد شروطه ولم يوجد ما يحول دون التمسك به، فإن الدائن يجب عليه أن يتوقف عن مطالبة الكفيل أو عن التنفيذ على امواله، وإذا كان النزاع معروضا على المحكمة فإنها تأمر بوقف الإجراءات التنفيذية ضد الكفيل بل إنها تأمر بوقف هذه الإجراءات مؤقتا بمجرد إبداء الدفع وحتى تتم نظرها فيه . فإذا انتهت الى أحقية الكفيل فى التمسك به اوقفت الإجراءات نهائيا الى أن يتم تجريد المدين من أمواله وإذا انتهت الى عدم أحقية الكفيل فى الدفع بالتجريد كان للدائن ان يستكمل اجراءات التنفيذ اى أن يتم ما بدأه فلا يبدأه من أوله ويبقى للدائن عند وقف الإجراءات التنفيذية ان يقوم بإتخاذ الإجراءات التحفظيه على أموال الكفيل فيقطع سريان التقادم ليمنع إكتساب الغير لاموال الكفيل أو يسجل رهنا رسميا لمصلحة الكفيل، إذ يعود ذلك بالنفع على الدائن.

ونجاح الكفيل فى الدفع بتجريد المدين من أمواله، يلزم الدائن بأن يبادر الى التنفيذ على أموال المدين بدون إبطاء (١). فإذا تراخى الدائن فى ذلك حتى تمكن المدين من تهريب تلك الأموال أو التصرف فيها فإن الدائن يتحمل تبعة ذلك، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن. فإذا كانت قيمة الأموال التى تصرف فيها المدين توازى قيمة الدين أو تزيد رجع الكفيل على الدائن لابراء ذمته من الدين كله.

وتنص المادة ٧٩٠ مدنى على انه:

" فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم إتخاذه الأجراءات اللازمة فى الوقت المناسب " (٢).

وإذا كان هناك رهن حيازى على مال من أموال المدين العقارية أو المنقولة تقرر للدائن ضمانا لهذا الدين أو ضمانا له ولديون اخرى، فإنه يجب

---

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها بتاريخ ١٩٣٧/١/٢١ بأن: للكفيل غير المتضامن ان يتمسك فى اى وقت يكون مناسبا بالدفع بتجريد المدين وذلك مالم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع فإذا كان عليه ان يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه. وان تقديمه لهذا البيان على دفعه واحدة وعند البدء فى التنفيذ فإن له كذلك ان يبين ما يكون قد آل للمدين من مال بسبب جديد وإذن فإذا كان الكفيل عند إعلانه من الدائن بتنبيه نزع الملكية قد بادر الى المعارضة للدائن فى الميعاد القانونى مبينا له ما يمتلكه المدين مما يجوز له ان يستمد بدينه منه، ثم لما جد للمدين ميراث بادر ايضا الى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه ان يستمد بدينه منه بغير رجوع عليه فإنه لايصح إعتباره متوانيا فى الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذى آل اليه ولا تاركا له بمقولة أنه فاته ان يبديه عند البدء فى التنفيذ. ولذلك لاتكون المحكمة مخطئه فى تطبيق القانون إذا هى بحثت فى قيام هذا الملك وإمكان إستيفاء الدائن دينه منه. مجموعة قواعد النقض ١٩٥٦/٣١ -ج ٢- ص ٩٣٧.

(٢) النصوص العربية المقابلة هى المادة ٧٥٦ مدنى سورى (مطابقة) والمادة ٧٩٩ مدنى ليبى (مطابقة) ولا مقابل له فى العراقى واللبنانى ، انظر: السنهورى: ج ١٠- ص ١٢٥- هامش رقم ٢. وانظر : خليل ٤-١٣٨، والمادة ١١٤٢ من تقنين الإلتزامات المغربى.

على الدائن أن يقوم بالتنفيذ على هذا المال قبل الرجوع على الكفيل (١) والدائن يقوم بهذا التنفيذ سواء كان المال المرهون موجودا فى حيازته أو فى يد عدل على أن يكون الرهن سابقا على الكفالة أو معاصرا لها (٢). ولكن إذا كان المال المرهون لايكفى للوفاء بالديون المضمونة فلا يلزم الدائن بالرجوع على المال المرهون اولا، بل يكون له أن يقتضى الدين من الكفيل ويحل الكفيل محله فى حق الرهن كما سنرى فيما بعد.

وإذا كان للدائن حق فى الحبس على المال المملوك للمدين وجب كذلك أن يتخذ الإجراءات للتنفيذ على هذاالمال قبل الرجوع على الكفيل.

أما عن مصاريف التجريد ومن يتحمل بها فمن الحلول الواردة فى القوانين الأجنبية فى هذه المسألة أن القانون الفرنسى يفرض (فى المادة ١/٢٠٢٣) على الكفيل أن يقدم مبلغا يكفى قيام الدائن بتجريد المدين، وإذا إختلف الدائن والكفيل قدرت المحكمة المبلغ الواجب على الكفيل وكيفية آدائه . وفى القانون المصرى يلتزم الكفيل بنفقات ارشاد الدائن الى أموال المدين ، اما مصاريف التجريد فلا يؤديها الكفيل مقدما وإنما يرجع عليه بها الدائن بعد أن يكون قد أنفقها وتحددت فعلا.

وتنص المادة ٧٩٢ مدنى على أنه:

"١- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم ولايجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه فى الكفالة " .

"٢- أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون

---

(١) التسولى: ج ١- ص ١٨٨.

(٢) نصت المادة ٧٩١ مدنى على انه: " إذا كان هناك تامين عينى خصص قانونا أو إتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التامين وتطابق هذا النص المادة ٧٥٧ سورى و ٨٠٠ ليبى وتوافقه المادة ١٠٧٢ موجبات لبنانى.

مسئولا عن الدين كله إلا إذا كان قد إحتفظ لنفسه بحق التقسيم (١).

يمكن أن تتخذ الكفالة العادية أو البسيطة صورا مختلفة : قد يكون الكفيل شخصا واحدا فيوجد عقد كفالة واحد بينه وبين الدائن يتعلق بالدين المضمون ، وقد يكون هناك عدة كفلاء تعاقد كل منهم مع الدائن على كفالة الدين بعقد مستقل وتعهد كل منهم بأداء كل الدين فنفترض فى هذه الحالة أن هؤلاء الكفلاء لم يعتمد كل منهم على الآخرين فى كفالته ولم يعول على إمكان تقسيم الدين بينه وبينهم. ولذلك يعتبر كل منهم كفيلا مستقلا للدين كله، وليس له ان يطلب تقسيم الدين بينه وبين الكفلاء الآخرين . ولكن إذا كان قد إحتفظ فى العقد لنفسه بحق التقسيم كان له أن يتمسك به ، ويبقى من لم يشترط التقسيم من الكفلاء الآخرين ملزما بالدين كله . ويكون كل من الكفلاء بعقود مستقلة أو بعقود متوالية مسئولا عن الدين كله ولكن مسئولية هؤلاء الكفلاء ليست تضامنية بل هى تضاممية(٢).

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى: المادة ٧٥٨ مدنى سورى(مطابقة) والمادة ٨٠١ مدنى ليبى (مطابقة) والمادة ١٠٢٤ مدنى عراقى (موافقة) والمادة ١٠٧ موجبات وعقود لبنانى (موافقة) والمادة ١١٣٨ التزامات مغربى موافقة . وانظر ايضا: المادتين ٢٠٢٥، ٢٠٢٦ مدنى فرنسى ، والمادة ٧٦٩ مدنى المانى، والمادة ١٨٣٧ مدنى اسبانى والمادة ٦٤٧ من المجلة والمادة ٨٥٨ من مرشد الحيران، وانظر ايضا: خليل ٤-١٤٣، ١٤٩ و ١٥٤.

(٢) هناك فوارق على جانب كبير من الأهمية بين الإلتزام التضامنى والإلتزام التضاممى يمكن ان نجملها فيما يلى:

اولا: ان التضامن بين المدينين يقوم على أساس تعدد الروابط (فهناك رابطة مستقلة بين كل مدين متضامن وبين الدائن) ووحدة المحل ووحدة المصدر الذى انشا الإلتزام(كان يكون التزام المدينين المتضامنين ناشئا من عقد واحد).

اما الإلتزام التضاممى IN SOLIDUM فيقوم على أساس تعدد الروابط ووحدة المحل ، اما المصدر فهو متعدد وليس واحدا وهذا هو الفارق الأول بينه وبين التضامن.

ثانيا : أن المدينين المتضامنين تربط بينهم مصلحة مشتركة اما المدينين التضامميين فلا تربط بينهم مصلحة مشتركة.

ثالثا : يترتب على كون المدينين المتضامنين ذوى مصلحة مشتركة ان ينوب بعضهم عن بعض نيابة تبادلية فيما ينفع لافيما يضر. اما المدينون التضامميون فلا ينوب بعضهم عن بعض لافيما ينفع ولا فيما يضر. انظر السنهورى: الوسيط ج ٣ - فقرة ١٧٦ ص ٢٨٥.

وقد يكون هناك كفلاء متعددون ولكن كفلوا الدين بعقد واحد، وفي هذه الحالةيعتبر هؤلاء الكفلاء أنهم قد اعتمدوا على بعضهم البعض وعلى إنقسام الدين فيما بينهم ، ولذلك فإنه يكون لكل منهم أن يتمسك بالدفع بالتقسيم ولكى ينجح الدفع بالتقسيم يجب توافر شروط هى :

١- أن يكون هناك عدة كفلاء عاديين : فإذا كان الكفلاء متضامنون لم ينقسم الدين بينهم. وإذا كان ثمة كفيل واحد عادى فلا ينقسم الدين بينه وبين المدين بل يلزم بالدين كله على أن يكون له الدفع بالتجريد.

٢- أن تكون كفالتهم لنفس الدين : فالكفيل يختلف التزامه عن التزام المصدق (كفيل الكفيل) لان الكفيل يضمن التزام المدين اما المصدق فيضمن التزام الكفيل ولذلك لاينقسم الإلتزام بين الكفيل والمصدق(١).

٣- أن تكون كفالتهم لنفس المدينين : فإذا كان الدين الأصلى قد التزم به مدينان متضامنان وكفل كلا من هذين المدينين كفيل مستقل لم ينقسم الدين بين الكفيلين، لانهما وان كفلا دينا واحدا، لم يكفلا مدينا واحدا (٢).

ومتى توافرت هذه الشروط كان لكل كفيل أن يدفع مطالبة الدائن بالدين كله بواسطة الدفع بالتقسيم وبذلك لايدفع الكفيل إلا الحصة التى تخصه من الدين . فإذا كان الكفلاء ثلاثة أدى كل كفيل ثلث الدين فقط ، ما لم تكن هناك نسبة اخرى متفقا عليها لتقسيم الدين بين الكفلاء فيجب عندئذ إتباعها.

ولا تنطبق هذه الأحكام على الكفالة التجارية لان التضامن فى المسائل التجارية هو القاعدة وهو مفترض مالم يتفق على عكسه.

---

(١) ويقوم التقسيم إذا كان هناك الى جانب الكفيل الشخصى كفيل عينى فيقسم الدين بينهما على أساس ان الأول التزم بكل الدين والثانى التزم بما يوازى قيمة التامين العينى الذى قدمه لضمان هذاالدين.

انظر: محمد على امام: فقرة ٦٨- ص ١١٣.

(٢) سليمان مرقص : الكفالة - طبعه ١٩٩٤- فقرة ٩٩.

ولكن ما المقصود بالكفالة التجارية ؟ تتجه عامة الفقه الى إعتبار الكفالة عملا مدنيا حتى ولو تعلقت بدين تجارى، وذلك راجع الى أن الأصل فى الكفالة

كما رأينا أنها تبرعية ، ولا تعتبر الكفالة عملا تجاريا الا فيمايتعلق بكفالة الإلتزام الصرفى اى الإلتزام الثابت فى ورقة تجارية فهذه الكفالة تنطبق عليها أحكام التضامن ولو أنه تضامن يتميز عن التضامن المدنى كما أنها لا تخضع للدفع بالتجريد ولا للدفع بالتقسيم .

ثالثا : الحق فى التمسك بالدفوع فى مواجهة الدائن:

وتنص المادة ٧٨٢ مدنى مصرى على أن:
"١- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين".

"٢- على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه "(١).

إن الدين الذى ضمنه الكفيل ليس دينا شخصيا عليه بل على غيره والتزامه بالضمان فى عقد الكفالة هو التزام تابع للإلتزام الأصلى.

---

(١) تقابل هذا النص المواد التالية: المادة ٧٤٨ مدنى سورى (مطابقة) والفصل ١١٤٠ التزامات مغربى (موافقة) والمادة ٧٩١ مدنى ليبى (مطابقة) والمادة ١٠٧٧ موجبات لبنانى (موافقة) ولا مقابل له فى القانون العراقى .

وانظر ايضا: المادة ٢٠٣٦ مدنى فرنسى، والمادة ٧٦٨ مدنى المانى .

وانظر ايضا: التسولى ١-١٩٨، الدر المختار ٤-٣٨٨- ٣٨٩ .

ونتيجة لهذه التبعية يبقى الإلتزام التابع مرتبطا بالإلتزام الأصلى فى كل مصير يلقاه ، ويكون للكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن بدفوع الإلتزام الأصلى بالاضافة الى دفوع عقد الكفالة.

ومن شأن وجود الإلتزام الأصلى وكفالته أن توجد علاقات ثلاث بين الأطراف : علاقة بين الدائن والكفيل وعلاقة بين الدائن والمدين وعلاقة بين الكفيل والمدين . والدفوع التى يمكن للكفيل ان يوجهها الى الدائن هى دفوع علاقته به، ودفوع علاقة المدين بالدائن سواء كانت متعلقة بشخص المدين أو بالالتزام فى ذاته . اما علاقة الكفيل بالمدين وما قد يكون فيها من دفوع للأول ضد الثانى ، فلا يجوز طبقا للراجح فقها أن يحتج بها الكفيل على الدائن لأن الدائن ليس طرفا فى هذه العلاقة، ومعنى هذا أن التزام الكفيل نحو الدائن يتجرد من دفوع هذه العلاقة(علاقة الكفيل بالمدين) ، فهو نوع من الإلتزام المجرد ولكنه تجريد جزئى، يمنع الاحتجاج ببعض الدفوع، ويدع الإحتجاج بباقيها جائزا للكفيل .

وتطبيقا لما تقدم إذا كان للمدين ان يطلب إبطال التزامه بسبب إكراه وقع عليه أو تدليس أو غلط شاب إرادته كان للكفيل كذلك ان يتمسك بنفس هذه الدفوع ، وهو لايتمسك بها بإسم المدين ، بل بإسمه الشخصى، وبناء على ذلك إذا تنازل المدين عن التمسك بهذه الدفوع فأصبح الإلتزام صحيحا بالنسبة اليه ، كان للكفيل مع ذلك أن يتمسك بهذه الدفوع ويطلب إبطال التزامه رغم أن عيب الإرادة لم يتعلق به شخصيا وأن الإلتزام الأصلى صار صحيحا بنزول المدين عن هذه الدفوع (١).

وإذا كان الإلتزام الأصلى باطلا لعدم توافق الإرادتين أو لعدم مشروعية السبب أو غير ذلك من أوجه البطلان المطلق، كان للكفيل ان يتمسك ببطلان التزامه ايضا بناء على هذه الأوجه . وله أن يتمسك بهذه الأوجه عن طريق دعوى مبتدأه أو عن طريق التدخل فى دعوى المدين ضد الدائن أو دعوى الدائن ضد المدين .

(١) مرقس : فقرة ٦٠.

ولكن إذا كان المدين نـاقص الأهليـة، وكـان الكفيل قد كفلـه بسبب نقص الأهلية، أو وهو عالم بحالة نقص الأهلية، فإنـه يبقـى كفيـلا يؤمـن للدائـن إفـلات المدين من الوفاء بسبب نقص اهليته، فيقوم الكفيل بالوفاء محله.

وإذا كان التزام المدين قد إنقضى ،كان للكفيل أن يتمسك بإنقضـاء التزامـه كذلك . فمثلا إذا وفى المدين الدين وفاء عاديا أو وفاء بمقابل أو بطريق المقاصة بين دين على الدائن للمدين وبيـن الديـن المضمـون ، فـإن التزام الكفيل ينقضـى كذلك، بل إنه إذا تنازل المديـن عـن التمسك بالمقاصـة فـإن الكفيـل يكـون لـه أن يتمسك بها رغم ذلك . وإذا انقضى الإلتزام الأصلى بالتقادم وكـان الـتزام الكفيل مؤجلا لم يحل اجله، فإن الكفيل يحق له التمسك بتقـادم التزامـه بالتبعيـة للالـتزام الأصلـى. وإذا انقضـى الـتزام المديـن بإتحـاد الذمـة فـى شـخصه كـان للكفيـل أن يتمسك بإنقضاء الكفالة . وإذا أبرأالدائن المدين من الدين أو مـن جـزء منـه كـان للكفيل أن يتمسك بهذا الإنقضـاء فى مواجهـة الدائـن، ولكـن فـى حـالات الإفـلاس لايعتبر قبول الدائن للصلـح ابـراء مـن بعـض الديـن . وإذا اسـتحال تنفيذ الـتزام المدين بسبب لايد له فيه. كان للكفيل ان يطلب براءة ذمته من الإلـتزام ولكـن إذا كانت الإستحالة راجعة لخطأ المدين فان الإلتزام الأصلـى يسـتحيل الـى تعويـض نقدى يكفله الكفيل. وإذا انقضى الإلتزام الأصلى بالتجديد كـان للكفيـل أن يتمسـك بإنقضاء كفالته كذلك . وإذا انقضى الألتزام الأصلـى بالإنابـة الكاملـة حيـث يـبرأ المدين الأصلى فإن للكفيل أن يتمسك بذلك أيضا، أما إذا كانت الإنابة قاصرة فإن المدين الأصلى يبقى مدينا ويظل الكفيل ضامنا له.

والى جانب هذه الدفوع يكون للكفيل ايضـا ان يتمسك تجـاه الدائـن بدفـوع عقد الكفالة . فإذا كانت الكفالـة باطلـة أو قابلـة للابطـال أو إنقضـت بطريـق مـن طرق إنقضاء الإلـتزام كـان للكفيـل ان يوجـه الدفـوع المتعلقـة بهـذه الأوجـه الـى الدائن، وهى دفوع تتصل به وبالتزامه لابالمدين.

والدفوع المتقدمة جميعها يجب علىالكفيـل أن يتمسك بهـا إذا أراد الـبراءة من التزامه، أما إذا شاء أن يتنازل عنها فإنه يحق له ذلك لأنها دفوع غير متعلقـة بالنظام العام عدا دفوع البطلان المطلق ونقص أهلية الكفيل.

وتنص المادة ٧٩٩ مدنى مصرى على أنه:

"اذا وفى الكفيل الدين كان له ان يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين. ولكن إذا لم يوف الا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين"(١).

وتنص المادة ٧٨٧ منه على أن:

"١- يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمه لاستعمال حقه فى الرجوع".

"٢-فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن ان يتخلى عنه للكفيل".

"٣- أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى، فإن الدائن يلتزم بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين . ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين"(٢).

إذا أدى الكفيل الدين للدائن ، كان له أن يرجع على المدين ، اما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول محل الدائن . ولسنا نعنى هنا برجوع الكفيل على المدين، فسوف يأتى فى موضعه. ولكن نريد فقط أن نبين كيف يحل الكفيل محل الدائن.

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى: المادة ٧٦٥ مدنى سورى(مطابقة) والمادة ٨٠٨ مدنى ليبى (مطابقة) والمادة ١٠٣٣ مدنى عراقى (موافقة) والمادة ١٠٨٤ موجبات لبنانى (موافقة) والفصل ١١٧٤ التزامات مغربى موافقة.

(٢) النصوص العربية المقابلة هى: المادة ٧٥٣ مدنى سورى (مطابقة) والمادة ٧٩٦ مدنى ليبيى (مطابقة) والمادة ١٠٢٦ مدنى عراقى (مطابقة) ولا مقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، أما تقنين الإلتزامات المغربى فالفصل ١١٧٤ منه موافق . وانظر أيضا : المادة ٢٠٧٥ مدنى فرنسى والمادة ١٢٧٤ مدنى المانى والمادة ١٨٥٨ مدنى اسبانى، وانظر ايضا: الزرقانى ٥- ٢٣٤، ٢٣٦، خليل ٤-٥٠٧ ، بنانى: ٥--٢٣٣ ، التاودى والتسولى: ١-١٧٦.

من المعلوم أن الحلول إما إتفاقى أو قانونى . وحلول الكفيل هو حلول قانونى لان القانون قد نص عليه.

ويحل الكفيل محل الدائن حلولا قانونيا بقوة القانون دون حاجة الى اجراء يقوم به الدائن ، والكفيل الذى يحل محل الدائن هو كل كفيل عاديا كان أو متضامنا ، سواء كان قد كفل الدين لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن أو لمصلحتهما ، وسواء تمت كفالته برضى المدين ام إتخذت رغم معارضته ويجب لحلول الكفيل محل الدائن أن تتوافر شروط هى:

١- أن يقوم الكفيل بالاداء عن المدين : سواء بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء من طرق قضاء الإلتزام وهذه الطرق هى الوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد بطريق تغيير الدين فإذا تم مثل هذا الوفاء أو ما يقوم مقامه حل الكفيل محل الدائن ورجع على المدين بالدين . أما إذا انقضى الإلتزام بما لايقوم مقام الوفاء كما لو تقادم التزام الكفيل أو إبرأه الدائن فلا حلول للكفيل لأنه لايعتبر قد اوفى بالدين.

٢- أن يكون وفاء الكفيل صحيحا : فإذا كان الكفيل قد وفى الدين وفاء غير صحيح، كما لو كان يعلم بطلانه ومع ذلك وفاه فلا يحل محل الدائن فيه.

٣- أن يكون الوفاء عند حلول أجل الدين : فإذا وفى الكفيل والدين مازال مؤجلا لم يكن له الحلول محل الدائن الا عند حلول الأجل . فإذا انقضى الدين قبل حلول الأجل بسبب من أسباب الإنقضاء تحمل الكفيل تبعة ذلك ولا يحل محل الدائن.

وإذا حل الكفيل محل الدائن بتوافر الشروط المتقدمة، حل فى كل ما وفاه اى يحتل مكان الدائن بالنسبة الى هذاالدين وبالنسبة الى التامينات الضامنة لهذا الدين .

وحلول الكفيل محل الدائن فى دينه يكون بنفس صفاته ، فإذا كانت هناك

دفوع يسوغ الدفع بها فى مواجهة الدائن،ساغ الدفع بها كذلك فى مواجهة الكفيل.

ويقتضى حلول الكفيل أن يسلم الدائن له سند الدين وما يفيد انه قد تقاضى الدين منه. وان يسلم اليه المستندات والوثائق الخاصة بتأمينات هذاالدين : كما يجب على الدائن ان يسلم اليه المال المرهون فى الدين رهنا حيازيا أو المال الذى يمارس عليه حق الحبس وإذا كان ثمة رهن رسمى يضمن الدين كان على الدائن ان يقوم بما يلزم من الإجراءات لنقل هذاالرهن الى الكفيل . ويتحمل الكفيل مصروفات ذلك على أن يرجع بها على المدين.

وقد يفى الكفيل بجزء من الدين، فيبقى للدائن أن يرجع على المدين بالباقى وفى هذاالفرض سيقع التزاحم بين الدائن والكفيل على أموال المدين . وقد اعطى القانون المصرى فى هذه الحالة الأفضلية للدائن على الكفيل فيستوفى الدائن بقية دينه اولا، ثم يقتضى الكفيل ما وفاه مما يبقى (١) .

وأخيرا يجب التحفظ للحالة التى يكون فيها إتفاق بين المدين الأصلى والكفيل ينظم علاقتهما ، فقد يكون الكفيل هو الطرف المعنى فى الدين ولكنه لم يرد أن يظهر بمظهر المدين الأصلى، فأتى بشخص يأخذ هذا الدور وبقى هو كفيلا له . فإذا أدى الكفيل الدين فلا رجوع له على المدين الأصلى فى هذه الحالة لابدعوى الحلول ولا بالدعوى الشخصية .

٢- حقوق الدائن

من حق الدائن ان يقتضى دينه، إن لم يكن من المدين ، فمن الكفيل، ثم أن الدين يشمل ملحقاته، ومن حق الدائن كذلك أن يحرص على بقاء فرص استيفاء دينه بأن يتفادى إعسار الكفيل بوسائل كافية . وفيما يلى نبين حقوق الدائن قبل الكفيل، اما حقوقه قبل المدين فهى تخضع للعلاقة الأصلية التى بينهما، عقدا كانت أو مصدرا آخر من مصادر الإلتزام.

---

(١) اما القانون المغربى فقد ساوى بين الكفيل والدائن وجعلهما يخضعان لقسمة الغرماء اذا لم تكف اموال المدين للوفاء بحقيهما(الفصل ٢١٥ التزامات وعقود).

اولا : حق الدائن فى إقتضاء الدين وملحقاته : للدائن ان يطالب الكفيل بأداء الدين . ولكن حق الدائن فى مطالبة الكفيل العادى يتقيد بأن يكون قد سبق أن طالب المدين فلم يؤد الدين وبأن يكون قد اجرى التنفيذ على اموال المدين فلم يجد عنده اموالا، أو كانت لديه اموال غير قابلة للحجز عليها أو مستغرقة برهون مقدمة فى المرتبة، أو كانت لديه اموال ضئيلة القيمة بالنسبة الى الدين، أو كان المدين قاصرا استعصم بقصره فعجز الدائن عن اقتضاء الدين منه، وكان الكفيل قد كفل المدين ليؤمن الدائن من قصر المدين بالذات.

فى الحالات المتقدمة يكون للدائن أن يرجع على الكفيل يطالبه بأداء الدين، فإذا لم تكن هناك دفوع يدلى بها الكفيل تتعلق بالدين الأصلى أو بالمدين أو بعقد الكفالة فإنه يتعين على الكفيل آداء الدين والا إستمر الدائن فى التنفيذ على امواله.

ويجب أن يكون لدى الدائن سند تنفيذى يمكنه بمقتضاه ان يجرى التنفيذ على أموال الكفيل، ولا يكفى أن يكون بيده سند تنفيذى ضد المدين.

وإذا مات الكفيل قبل أن يحل أجل الدين سقط هذا الأجل ويكون للدائن أن يرجع فى الحال على التركة ليقتضى دينه. فإذا استوفاه لم يكن للورثة أن يرجعوا على المدين الأصلى الا عند حلول الأجل، لانه لايوجد من جانبه ما يقتضى حرمانه من الأجل . اما إذا أفلس الكفيل فإن الأجل يسقط أيضا وللدائن أن يتقدم فى تفليسته بالدين ، رغم أن الدين مازال مؤجلا بالنسبة للمدين الأصلى .

أما إذا مات المدين أو أفلس فهذا لايحرم الكفيل من الأجل، وإنما يكون على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على تركة المدين أو أن يتقدم فى تفليسة المدين بدينه، فإذا تأخر فى إتخاذ هذه الإجراءات كان للكفيل العادى أن يطلب إبراء ذمته بسبب إهمال الدائن (١).

---

(١) إنظر المادة ٢٠٠٢ مدنى فرنسى. وانظر ابن سلمون: ٢-٢٢٤ وابن عاصم ٢٦٤ . وانظر الفصل ١١٣٥ التزامات وعقود مغربى.

إذا إتفق الدائن والمدين على ضرورة تقديم كفالة للدين، وقبل الدائـن الكفيل الذى قدمه المدين ثم أعسر هـذا الكفيل ، كـان ذلك اخـلالا مـن المديـن بالتزامـه بتقديم التأمين الشخصى ، وبذلك يتعين على المدين أن يقدم كفيلا آخر غير معسر أو ضمانة تعادل ذلك ، هذه الضمانة قد تكون إيجاد مدين متضـامن اخر يلتزم معه ، أو تقديم تأمين عينى أو كفالة عينية.

فإذا لم يقم المدين بشىء من ذلك كان للدائـن أن يعتبر أن المدين لم يقدم التأمين الشخصى المشترط ، وينتج عن ذلك أن الدائـن إما أن يعتبر أجل الدين قد سقط فيطلب من المديـن الوفـاء بـه فـى الحـال أو أن يطلب فسخ العقد الذى إشترط فيه تقديم كفيل مع التعويض.

أما إذا كان الكفيل لم يعسر تماما وإنمـا نقصت ملاءتـه ويسـاره فقط فـإن المدين يلتزم بأن يقدم للدائن كفالة إضافية أو ضمانا تكميليا.

ولكن هناك حالتان لايلزم فيهما تقديم كفيل آخر أو ضمان تكميلى وهما:

١ – حالة ما إذا كانت الكفالة قد عقدت أصـلا بـدون علم المديـن أو رغم معارضة المدين، فالمدين هنا لم يكن ملزما أصلا بتقديـم الكفيـل، أو الـتزم بتقديم كفيل ولكنه لم يخـتر الكفيـل الـذى تقـدم وكفـل الديـن، إذ لـم يعلـم بكفالتـه أو علـم وعـارض فيهـا . وفـى الحـالتين لايكـون مسئولا عـن إعسـار هـذا الكفيـل الـذى ارتضاه الدائن ولم يرتضه هو . فيجب أن يتحمل الدائن تبعـة موافقتـه علـى هـذا الكفيل، ولا يكون المدين مسئولا عنه.

٢ – حالة ما إذا كان الدائن قد إشترط ان يكون كفيل المديـن شـخصا عينـه هو ، فإذا اعسر هذا الكفيل أو نقصت ملاءته كان علـى الدائـن ان يتحمـل نتيجـة سوء إختياره ولا يكون له ان يطالب المدين بتقديم كفيل آخر أو ضمان آخر ولـو بصفة ضمان تكميلى (١).

---

(١) انظر: المـادة ٢٠٢٠ مدنـى فرنسـى ، والمـادة ١٨٢ مدنـى اسبانى والمـادة ١١٣٢ التزامات مغربى وابن سلمون ٢–٢٢٥ . وانظر ايضا:

DIGESTE,II

المطلب الثانى

علاقة الكفيل المتضامن بالدائن

نصوص قانونية :

تنص المادة ٧٩٣ مدنى على أنه:

"لايجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد " .

وتنص المادة ٧٩٤ على انه : " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين".

وتنص المادة ٧٩٥ على انه "فى الكفالةالقضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين " (١).

هناك أصل هام يحكم علاقة الكفيل بالدائن، وهو أن الكفيل لايكون متضامنا مع المدين الا إذا نص الإتفاق على ذلك. فالتضامن لايفترض، حتى فى كفالة الديون التجارية إذ لايقوم التضامن الا بإشتراطه صراحة - ولايكفى إشتراطه ضمنا- أو بوجود كفالة فى ورقة تجارية فيقوم التضامن بين الملتزمين فيهاومنهم الكفلاء والضامنون الإحتياطيون.

وقد عنى القانون بوضع حكم للكفالة القانونية والكفالة القضائية فجعل الكفلاء فيهما دائما متضامنين .

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى : المواد ٧٥٩ - ٧٦١ مدنى سورى(مطابقة) والمواد ٨٠٢- ٨٠٤ مدنى ليبى (مطابقة) والمادة ١٠٦٩ موجبات لبنانى مطابقة للفصل ١١٣٣ المغربى والمادة ٢/١٠٣٠ مدنى عراقى موافقة للمادة ٧٩٥ مدنى مصرى. وانظر ايضا: المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى والمادتان ٦٣٤ ، ٦٤٤ من المجله والمادة ٨٥٦ من مرشد الحيران. وانظر ايضا: خليل ٤-١٣٧، التاودى ١-١٩١، الدر المختار ٤-٣٤٨، رد المحتار ٤-٣٤٨ و ٣٤٩ ،التسولى ١-١٩١، ابن عاصم ٢-٢٢٣.

والتضامن إما أن يكون بين الكفلاء أو بين المدين والكفيل أوالكفلاء.

ففى كثير من الأحيان يشترط الدائن على الكفيل أن يكون متضامنا مع المدين ، وفى هذه الحالة لايكون للكفيل أن يتمسك بتجريد المدين من أمواله ولاينقسم الدين بينه وبين المدين، فهذان الحقان المخولان للكفيل العادى ليس للكفيل المتضامن أن يتمسك بأى منهما. ولكن من حق الكفيل أن يتمسك بإبراء ذمته قبل الدائن بسبب تأخر الدائن عن المطالبة بعد الإستحقاق ويستوى فى ممارسة هذاالحق الكفيل العادى والكفيل المتضامن .

وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بدفوع عقد الكفالة فإذا كانت باطلة أو قابلة للابطال أو الفسخ أو انقضت كان له أن يتمسك بكل ذلك كما يتمسك به الكفيل العادى . وللكفيل المتضامن ايضا ان يدفع مطالبة الدائن بالدفوع المتعلقة بالإلتزام الأصلى ، سواء كانت متعلقة ببطلانه أو قابليته للإبطال أو للفسخ أو بإنقضائه، وله أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بشخص المدين الأصلى مثل نقص أهليته، إلا إذا كان قد كفله بسبب نقص الأهلية بالذات ، وله أن يتمسك بالوفاء الحاصل من المدين الأصلى . وبالمقاصة وإتحادالذمة والإبراء والتجديد والتقادم وفى هذاكله يستوى الكفيلان العادى والمتضامن .

ويختلف وضع الكفيل المتضامن مع المدين هنا عن وضع المدين المتضامن، فالمدين المتضامن ليس التزامه تابعا بل هو التزام أصلى، بينما الكفيل المتضامن يلتزم بالتزام تابع. والمدين المتضامن ليس له أن يتمسك بالدفوع الخاصة بعلاقة المدين المتضامن معه بالدائن، فإذا كان أحد المدينين المتضامنين يستطيع أن يطلب إبطال التزامه لكونه واقعا فى غلط أو تحت تأثير تدليس أو إكراه أو لكونه قاصرا فليس لمدين متضامن معه أن يتمسك بمثل هذه الدفوع التى تمس رابطته بالدائن، ولكن له أن يتمسك بدفوع علاقته هو إذا كان قد وقع أيضا فى عيب من عيوب الارادة ، أو بالدفوع التى تخص جميع المدينين المتضامنين كما إذا كانت ارادتهم جميعا معيبة. وقد رأينا أن هذه الدفوع حتى

مـايخص منهـا المديـن المتضـامن فـى خاصـة علاقتـه بـالدائن ، يمكـن للكفيـل المتضامن أن يتمسك بها خلافا للمدين المتضامن مع هذا المدين .

وقد يشـترط الدائـن أن يكـون الكفـلاء كفـلاء متضـامنين فيمـا بينهـم, وفـى هذاالفرض يقوم التضامن بيـن الكفـلاء ولكنهـم لايكونـون متضـامنين مـع المدين وينتج عن هذاان يستطيع الدائن ان يطالب ايا منهم بكل الدين ولا يكون لهم حق التقسيم . ولكن من ناحية اخرى يكون لهم حق التجريد اى ان يطلبوا مـن الدائـن تجريدالمدين من أمواله لانهم ليسوا متضامنين معه، ولهـم كذلـك التمسـك بـبراءة ذمتهم بسبب تأخر الدائن فى إتخاذ اجراءات المطالبة.

وقد يشترط الدائن أن يقوم التضـامن بيـن الكفـلاء، وبينهـم وبيـن المديـن ، وهذه الصـورة هـى أقـوى مـا يمكـن مـن تدعيـم للضمـان الشـخصى. وهنـا يكـون للدائن أن يطـالب أيـا مـن الكفـلاء قبـل الآخريـن أو قبـل المديـن ، أو أن يطـالبهم مجتمعين ، ولا يكون لهم حق التقسيم ولا حق التجريد ، ولكن تبقـى لهـم الدفـوع الخاصة بالكفالة وبالدين الأصلى والمدين الأصلى وليس لهم الدفع بتـأخـر الدائـن فى مطالبة المدين.

وفيما بين الكفلاء المتضـامنين، إذا وفـى احدهـم الديـن برئـت ذمتـه وذمـة المدين وذمة باقى الكفلاء ويكون للموفى أن يرجـع علـى المديـن بكـل الديـن وان يرجـع علـى الكفـلاء الآخريـن كـل بقـدر حصتـه فيـه وبحصـة المعسـر مـن بيـن الكفلاء. فالدين ينقسم بين الكفلاء فى علاقتهم ببعضهم(١).

وبين الكفلاء تقوم النيابة التبادلية فيما ينفع لافيما يضـر. فـإذا قطـع اجـراء سريان التقادم بالنسبة لأحدهم فـلا يقطعـه بالنسـبة للبـاقين، ولكـن اذا أبـرأ الدائـن احدهم جزء من الدين أفاد منه الباقون.

---

(١) إنظـر: المـادتين ٢٠٣٠و ٢٠٣٣ مدنـى فرنسـى . والمـادة ١٨٤٤ مدنـى اسـبانى، ومرشد الحيران ٨٠٨ ، وانظـر ايضـا خليـل ٤-١٤٤ الـى ١٥٤ ، الفتـاوى الهنديـة ٢-٣٤٩. وانظر ايضا الفصل ١١٤٥ لتزامات وعقود مغربى.

المبحث الثانى

علاقة الكفيل بالملتزمين

قد يكون الملتزمون بالدين كفلاء آخرون أو عددا من المدينين المتضامنين أو المدينين العاديين ، أو مدين أصلى واحد . وهؤلاء جميعا للكفيل الذى يفى بالدين أن يرجع عليهم.

ورجوع الكفيل إما أن يكون بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول محل الدائن وفيما يلى نبين كلا من الدعويين :

المطلب الأول

الدعوى الشخصية

للكفيل رجوع على المدين الأصلى وعلى المدينين المتضامنين الآخرين وعلى الكفلاء. لذلك نقسم الكلام هنا الى جانبين أحدها فى الرجوع على المدين الأصلى، والاخر فى الرجوع على الملتزمين الآخرين.

١ – رجوع الكفيل على المدين الأصلى :

للكفيل أن يرجع على المدين الأصلى قبل الوفاء وبعد الوفاء وذلك ما نفصله فى الفقرات التالية.

رجوع الكفيل قبل الوفاء :

ان رجوع الكفيل على المدين بعد الوفاء امر طبيعى ليسترد ما وفاه . أما رجوعه على المدين قبل الوفاء فهو امر قد يبدو غريبا، ولكن سنرى أن له ما يبرره . وهو مقرر فى القانون الفرنسى.

ففى حالة ما إذا وجه الدائن الدعوى الى الكفيل مطالبا بالوفاء يكون من حق الكفيل ان يطالب المدين بأن يقدم اليه الدين ليفى به للدائن أو أن يقوم المدين نفسه بالوفاء للدائن. ومن المفهوم فى هذه الحالة أن هذا الكفيل إذا كان كفيلا عاديا فإن الدائن لايطالبه الا بعد تجريد المدين، وإذا كان كفيلا متضامنا فإن الدائن يمكنه أن يوجه المطالبة اليه أو الى المدين أو اليهما معا فإذا إختار الدائن أن يطالب الكفيل كان للكفيل أن يدخل المدين فى الدعوى وكذلك الأمر إذا كان المدين قد تأخر عن تنفيذ الإلتزام عند حلول الأجل، بلا عذر مقبول فيكون للكفيل أن يرجع على المدين ، قبل أن يستفحل الأمر ويعسر أو يفلس.

واذا كان المدين قد تعهد للكفيل بأن يقوم فى خلال اجل معين بتقديم مايفيد قضاء الدين أو براءة ذمته الى الكفيل وذلك بسند أو مخالصة مثبتة لذلك يحصل عليها من الدائن ذاته ، فأذا انتهت المدة دون تقديم هذا الدليل كان عليه إما ان يؤدى الدين للكفيل اوان يقدم للكفيل رهنا حيازيا اواى ضمان آخر كاف وللكفيل ان يرجع على المدين فى هذه الحالة ـ ليلزمه باداء الدين اليه أو الضمان الكافى . واذا كان المدين قد نقل محل اقامته أو موطنه أو مركز صناعته الى جهة اخرى فأصبحت مطالبته صعبه لما تقتضيه من جهد ونفقة زائدة فإن للكفيل الاينتظر الى وقت حلول اجل الدين بل يتقدم طالبا الى المدين اداء الدين اليه أو الى الدائن . وجملة حالات رجوع الكفيل على المدين قبل الوفاء التى نص عليها القانون الفرنسى لا نظير لها فى القانون المصرى وهى :

١- إذا إتخذ الدائن اجراءات متابعة للكفيل.

٢- إذا كان المدين فى حالة تسوية قضائية أو تصفية للأموال أو فى حالة إعسار.

٣- إذا التزم نحو الكفيل بأن يقوم خلال مدة معينة بإبراء الكفيل وإنتهت المدة.

٤- إذا اصبح الدين مستحق الأداء بوقوع الشرط أو حلول الأجل ولو كان الدائن لم يمارس بعد حقه فى الرجوع.

٥- عند إنقضاء عشر سنوات من يوم إبرام الكفالة، إذا لم يكن للإلتزام الأصلى أجل منه.

وللكفيل أن يمارس حقه فى الرجوع فى هذه الحالات إذا شاء وليس له أن يتمسك بأن الدائن لم ينبهه اليها أو لم يعلمه بها.

وليس للكفيل أن يباشر التنفيذ على أموال المدين ، وإنما يطلب فقط إبراء ذمته عن طريق إيداع مبلغ الدين فى خزينة المحكمة، وقد أنشأ قانون ٥ يوليو سنه ١٩٧٢ للدائن على هذا المبلغ حق اولوية كأولوية المرتهن رهنا حيازيا(١).

وحالات الرجوع قبل الوفاء تتفق مع القواعد العامة فى مصر (عدا الخامسة منها)ويمكن الأخذ بها.

رجوع الكفيل بعد الوفاء:

تنص المادة ٧٩٨ مدنى على انه:
"١- يجب على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين، والا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه".

"٢- فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه ".

---

(١) اوبرى ورو: ج ٦ - فقرة ٤٢٧ - ص ٤٢٦- ٤٢٨. وانظر ايضا المادتين ١١٨٨و ٢٠٣٢ مدنى فرنسى ، والمادة ٧٧٥ مدنى المانىوالمادة ١٨٤٣ مدنى اسبانى ، والمادة ٨٦٩ من مرشد الحيران، وانظر ايضا : خليل ٤-١٣٨ ، التاودى والتسولى ١-١٩٢، الدر المختار ٤-٣٧٧، ابن نجيم ١-٣٣٦. وانظر ايضا الفصل ١١٤١ التزامات وعقود مغربى.

وتنص المادة ٨٠٠ منه على أن:

"١- للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه ".

"٢- ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات على انه فى المصروفات لايرجع الا بالذى دفعه من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى إتخذت ضده ".

"٣- ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع "(١).

إذا وفى الكفيل الدين للدائن، كان له أن يرجع على المدين . وفى رجوعه على المدين إما أن يسلك سبيل الدعوى الشخصية أو سبيل دعوى الحلول محل الدائن . ونحن هنا نتحدث عن الرجوع بالدعوى الشخصية. وترى عامة الفقه الفرنسى ان الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى احدى دعاوى ثلاث : إذاكان المدين قد طلب الى الكفيل أن يكفله أو علم بالكفالة ولم يعترض فالدعوى هى دعوى الوكالة،لان المدين يعتبر انه قد وكل الكفيل فى ان يكفله وكالة صريحة . أما فى حالة ما إذا تمت بدون علم المدين فالدعوى هى دعوى الفضالة،لان الكفيل يعتبر انه قد تولى شأنا عاجلا للمدين وهو كفالته ثم اداء الدين عنه . وإذا كان المدين قد علم بالكفالة وإعترض عليها فإن الفقه

---

(١) النصوص العربية المقابلة هى : المادة ٧٦٤، ٧٦٦ مدنى سورى (مطابقة) والمادة ٨٠٧ ، ٨٠٩ مدنى ليبى (مطابقة) والمواد ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٣، ١٠٨٦ موجبات لبنانى موافقة. ولا مقابل فى القانون المدنى العراقى وتوجد به المواد ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٧، ١٠٣٨ مقاربة للمادة ٨٠٠ مدنى مصرى والفصل ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٦.و ١١٤٩ التزامات وعقود مغربى.

وانظر ايضا: المادة ٢٠٢٨ مدنى فرنسى

والمادة ١٨٣٨ مدنى اسبانى ، والمادة ٧٢٨ فرنسى ايطالى ، والمادة ٨٦٢ من مرشد الحيران، والمادتين ٦٤١،٦٥٧ من المجلة: وانظر ايضا: ابن سلمون ٢٣٣، ابن عاصم ٢٦٥، التاودى ١-١٩٨ ، الدر المختار ٤-٣٧٧.

الفرنسى لايسلم له بدعوى الإثراء بلا سبب (١) وبذلك يفقد وسائل الرجوع على المدين عدا وسيلة واحدة هى دعوى الحلول .

اما الفقه المصرى فتذهب أغلبيته الى أن الدعوى الشخصية هى دعوى الكفالة بينما يرى السنهورى ومحمد كامل مرسى ان المشرع المصرى لم يقصد أن يخرج عما هو جار فى القانون الفرنسى وان دعوى الكفيل الشخصية تقوم إما على الوكالة اوالفضالة(٢). ونحن نميل الى هذا الرأى الأخير، لان الدعوى الناشئة عن العقد تخص علاقات اطرافه دون غيرهم فإذا قلنا بوجود

دعوى تسمى دعوى الكفالة كان مجال هذه الدعوى هو علاقة الدائن بالكفيل فقط لانهما طرفا عقد الكفالة، ولا تمتد الى المدين لانه ليس طرفا فى هذا العقد،والشخص لايلتزم من عقد ليس طرفا فيه. لذلك فإن القول بأن الدعوى هى دعوى الوكالة أو الفضالة من شأنه أن يستقيم مع المنطق القانونى أكثر (٣).

ويرجع الكفيل على المدين إذا كان قد وفى الدين للدائن وفاء حقيقيا بنفس الشىء المتفق عليه، أو وفاء بمقابل، وإذا استحق المقابل تحت يد الدائن فلا تبرأ ذمة الكفيل ولا يكون له أن يرجع على المدين الا إذا وفى الدين من جديد . ولكن إذا كان هذا الوفاء بمقابل قد وقع من المدين فإن ذمة الكفيل تبرأ ولو إستحق الشىء بعد ذلك.

وللكفيل حق الرجوع على المدين إذا وفى الدين مقاصة فى دين له على الدائن (٤)، أو إذا وقع إتحاد الذمة بين الكفيل والدائن فإنقضى دين الكفيل بإجتماع صفتى الدائن والمدين فيه إذ يثبت له بإتحاد الذمة دين الدائن بدعواه التى تحميه وهو يرجع بهذه الدعوى على المدين.

(١) اوبرى ورو: ج ٦ فقرة ٤٢٧ - رقم ٢٣٤ ص ٣٤٥- ٣٤٦

(٢) السنهورى: ج ١٠- فقرة ٦١- ص ١٦١- ١٦٧.

(٣) انظر: عبد الباقى: ١٠٢، امام: ٧٧، جمال زكى: ٦٧ حيث يرى أن المقصود هو مجرد تشبيه الكفيل بالوكيل أو الفضولى وليس اعتبارها ناشئة عن وكالة أو فضالة فعلا. ويرتب على ذلك أن تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة وليس بثلاث سنوات كما فى الفضالة.

(٤) جمال زكى: فقرة ٦٧.

أما إذا كان الكفيل قد قضى دين المدين عن طريق تجديد الدين بتغيير الدين، فإن هذا يبرىء ذمة المدين القديم ويبرى ذمة الكفيل.

وإذا عقدت الكفالة رغم معارضة المدين فلا رجوع الا بدعوى الحلول ولايجوز الرجوع بالدعوى الشخصية (١).

وإذا وفى الكفيل جزءا من الدين أو تصالح مع الدائن على ترك جزء منه كان له أن يرجع على المدين فى حدود هذا الجزء الذى وفاه ولا يرجع بالباقى.

ويرجع الكفيل على المدين بما وفاه للدائن، وهو أصل الدين وبالمصاريف التى انفقها أو أداها الى الدائن . فيدخل فى ذلك مصاريف المطالبة الأولى التى يوجهها الدائن الى المدين والى الكفيل، وبعد ذلك يجب على الكفيل ان يخطر المدين بهذه المطالبة، لكى يتجنب عدة مشاكل منها: أن النفقات التى يستمر الدائن فى إنفاقها فى الدعوى واجراءات التنفيذ ضد الكفيل يتحملها المدين، لانه لو ادى الدين لما انفقها الدائن فالكفيل مضطر الى آداء هذه المصاريف الى الدائن، على أن يرجع بها على المدين (٢). ومنها ان المدين يستطيع عند وصول اخطار الكفيل اليه ان يوجه الى الدائن دفوعه بالبطلان أو القابلية للابطال أو الإنقضاء أو الفسخ ، وبذلك يتخلص هو والكفيل من الدين.

وللكفيل أن يرجع على المدين كذلك بالتعويض عن الأضرار والخسائر مثل بيع أمواله بثمن بخس أو شهر إفلاسه وبالكسب الذى فاته بسبب الكفالة أو الوفاء بالدين (٣). ولكن يجب أن تكون هذه الأضرار نتيجة طبيعية وحتمية للكفالة . وله أن يرجع بالفوائد القانونية من يوم الدفع (م ٣/٨٠٠).

---

(١) جمال زكى: فقرة ٦٧.

(٢) جمال زكى: فقرة ٦٧.

هذا بينما نرى ان الكفيل يلتزم بهذه المصاريف إذا كان متضامنا مع المدين ورجع عليه الدائن لولا فلم يخطر الكفيل المدين بذلك الرجوع.

(٣) انظر السنهورى: ٦٣، منصور ، ٥٢، زكى: ٦٧.

ويشترط فى رجوع الكفيل على المدين الشروط التالية:
١- أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء أو بما يعتبر بمثابة الوفاء. وقد فصلنا القول فى هذه المسألة منذ قليل.

٢- أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول الأجل أو بعده. أما إذا وفاه قبل حلول الأجل فلا يكون له الرجوع على المدين الا عند حلول الأجل، فإذا وقع عند حلول الأجل ان إنقضى الدين أو فسخ لاى سبب، فلا رجوع للكفيل على المدين، ولكن قد يكون له حق الرجوع على الدائن.

٣- ان يقدم الكفيل للمدين ما يثبت الوفاء أو ما يقوم مقام الوفاء: ويكون ذلك عادة بواسطة إيصال أو سند مخالصة موقع من الدائن.

٤- أن يقوم الكفيل بإخطار المدين قبل الوفاء بمطالبة الدائن: فإذا لم يفعل الكفيل ذلك فقد حقه فى الرجوع على المدين إذا اثبت هذاالأخير انه دفع الدين للدائن أو أنه كانت لديه دفوع تثبت بطلان الدين أو إنقضاءه أو فسخه. ولكن يحتفظ الكفيل بحق الرجوع رغم عدم الإخطار وثبوت مثل هذه الأوجه: إذا اثبت انه تعذر عليه إخطار المدين لكونه غائبا أو ما الى ذلك. فدفوع المدين قبل الدائن لا تعمل فى مواجهة الكفيل فى مثل هذه الحالة.

وإذا كان المدين قد إعترض على كفالة الكفيل، فلا يحق للكفيل الرجوع عليه الا طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب وبأقل القيمتين ما افتقر به الكفيل وما اثرى به المدين.

وفى حالة وجود عدة مدينين متضامنين فى التزام واحد لايخص فى الحقيقة الا أحدهم، فهذا الشخص يعتبر مدينا اصليا ويعتبر المدينون المتضامنون الآخرون كفلاء له فى الدين (١) ويترتب على ذلك أنهم إذا وفوا الدين كان لهم حق الرجوع عليه بالدين كله لا بحصته فقط.

---

(١) هذه الحالة منصوص عليها فى الفصل ١٨٠ من تقنين الإلتزامات المغربى وهى تتفق مع القواعد العامة فى القانون المصرى.

حالات عدم إمكان رجوع الكفيل على المدين:

رأينا حالة لايرجع فيها الكفيل على المدين وذلك إذا لم يخطر المدين بمطالبة الدائن، بل وفى الدين أو إتخذ موقفا سلبيا حتى صدر ضده حكم بالدين، وكانت لدى المدين اسباب لبطلان الدين أو إنقضائه أو فسخه. فعندئذ لايكون للكفيل رجوع على المدين بما وفاه .

ويمكن اضافة حالات ثلاث اخرى هى:

– إذا كان الدين يتعلق بالكفيل شخصيا ولكنه جعله بإسم غيره فى الظاهر اى إتخذ من المدين إسما مستعارا يستخفى خلفه لتحقيق ما يريد فلا وجه لرجوعه على هذا المدين.

– إذا كانت الكفالة قد اعطيت رغم نهى المدين عنها اى رغم معارضته فى إتمامها وفى هذه الحالة لايمكن إعتبار الكفيل وكيلا عن المدين ولا فضوليا يعمل لحسابه ولكن قد يمكن للكفيل ان يرجع على المدين اذا اثرى هذا الأخير فيرجع عليه الكفيل بأقل القيمتين إفتقار الكفيل أو إثراء المدين .

– إذاكانت الكفالة قد اعطيت على سبيل التبرع: والكفالة الأصل فيها انها تبرعية اى تعطى بلا اجر. ولكن ليس المقصود بالتبرع هنا هو عدم تعاطى الأجر فقط ، بل المقصود هو تبرع الكفيل بالدين للمدين اى أنه يؤدى الدين عنه ولا يرجع به عليه.

٢– رجوع الكفيل على الملتزمين الاخرين :

إذا كفل الكفيل مدينا اصليا– فقد يوجد مع هذا المدين مدينون متضامنون غيره– وهؤلاء يكون للكفيل أن يرجع عليهم، رغم انه لم يكفلهم ، ذلك أن وفاءه بالدين قد أبرأ ذممهم، فيكون له أن يرجع عليهم بدعوى شخصية هى إما دعوى الإثراء بلا سبب أو الدعوى غير المباشرة الخاصة بالمدين الأصلى، ولكن يكون رجوعه على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين فلا يتضامنون أمامه فى الدين(١).

---

(١) وعلى العكس من هذا إذا كانوا متضامنين وكفلهم جميعاقإنه يرجع على اى منهم بكل الدين. السنهورى : ج ١٠ – الفقرتان ٧٢ و ٧٣ – ص ١٩٤– ١٩٩.

وإذا كان هناك عدة كفلاء لنفس الدين ، فإما أن يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين أو الا يكونوا متضامنين.

فإذا كان الكفلاء متضامنين وقام احدهم بالوفاء برئت ذمة المدين وذمم الكفلاء الآخرين، وينشأ له حق فى الرجوع على هؤلاء الكفلاء، وينطبق عليهم هنا حكم المدينين المتضامنين وهو إنقسام الدين فيما بينهم، فيرجع على كل من الكفلاء الآخرين بحصته من الدين. فإن كان الكفلاء اصلا اربعة انقسم الدين بينهم الى أربعة أقسام، يتحمل هو احدها ويرجع على الأخرين بالثلاثة ارباع الباقية فيطالب كلا منهم بربع الدين. فإذا وجد احدهم معسرا وزعت حصته على الباقين، فينقسم الدين على ثلاثة ويلتزم كل كفيل بثلثه. ولكل كفيل بعد ذلك أن يرجع على المدين بما أداه للكفيل الموفى. وغنى عن البيان ان الكفيل الموفى له منذ الوفاء أن يرجع على المدين الأصلى بدلا من الرجوع على الكفلاء أو مع الرجوع عليهم وله أيضا ان يرجع عليه بما لم يحصل عليه من الكفلاء. وتنص المادة ٧٩٦ مدنى على ذلك قائلة:" إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى احدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم " (١).

أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين، فإما أن يكونوا قد تعاقدوا مع الدائن على الكفالة بعقد واحد. وهنا يكون الأصل هو إنقسام الدين بينهم فيلتزم كل منهم بحصته من الدين فإن كانوا خمسة مثلا كان على كل كفيل آداء خمس الدين الى الدائن، الأإذا اتفق على نسبة اخرى أو على قدر محدد يكفله كل منهم. وعند وفاء احدهم بحصته لايكون له رجوع على الكفلاء الآخرين وإنما على المدين. وإذا وفى حصة غيره فلا يرجع عليه الا بدعوى الإثراء بلا سبب وإذا اعسر كفيل

---

(١) هذا النص موافق للنصوص العربية الأخرى وهى: المادة ٧٦٢ مدنى سورى والمادة ٨٠٤ ليبى والمادة ١٠٨٢ موجبات لبنانى والمادة ١٠٣٢ مدنى عراقى والفصل ١٤٥ التزامات مغربى. وانظر ايضا: المادتين ٢٠٣٠، ٢٠٣٣ مدنى فرنسى، والمادة ١٨٤٤ مدنى اسبانى، والمادة ٨٥٨ من مرشد الحيران. وإنظر ايضا: خليل ٤-١٤٤ وما بعدها والفتاوى الهندية: ٢-٣٤٩.

تحمل الدائن حصته ولا تـوزع علـى الآخريـن. أمـا إذا كـان الكفـلاء قد الـتزموا بعقود متوالية ، فإن كلا منهم يكفل كل الدين (الا إذا إحتفظ لنفسه بحق التقسيم)، ويترتب على التزام كل منهم بالدين كلـه ان يعتبر الكفـلاء ملـتزمين بالتضـامن . ويكون لكل منهم أن يرجع على الآخريـن بـالدعوى الشـخصية (دعـوى الوكالـة أو الفضـالة أو الإثراء بلا سبب) لأن الوفاء الحـاصل منـه أبـرأ ذممهـم. وللموفـى منهم كذلك أن يرجع على المدين الأصلى بدلا من الرجوع على الكفلاء الآخريـن أو مع الرجوع عليهم.

ويرجع الكفيل على الكفلاء الآخرين بمقدار ما وفاه، بشرط أن يكون وفاؤه مبرئـا لذممهـم ، وأن يحصـل بعد حلـول الأجل . إمـا الوفـاء قبـل حلـول الأجـل فلا يخوله حق الرجوع عليهم الا إذا حل الأجل، وإذا استجد بيـن الوفـاء وحلـول الأجل سبب يقضى التزام الكفلاء الآخرين لـم يكـن للكفيـل الموفـى وفـاء مبتسـرا الحق فى الرجوع عليهم .

وبالنسبة الى كفيل الكفيل أو كفيل الكفلاء(المصدق) متضامنا كان أو غـير متضـامن فإنـه عندمـا يفى بـالدين يكـون لـه الرجـوع علـى الكفـلاء بـالدعوى الشـخصية(دعـوى الوكالـة أو الفضـالـة أو الإثـراء بـلا سـبب). ويبقـى لـه هـذا الرجوع حتى ولو كان الكفيل قـد تحلـل مـن الكفالـة بـأن تمسك بدفـوع شـخصية خاصـة بـه. فهذه الدفوع كانت للكفيـل تجـاه الدائـن وليست تجـاه المصـدق ، ولـذا فهـى لاتمنـع المصـدق مـن الرجوع علـى الكفيـل . وتنـص المـادة ٧٩٧ مدنـى على انه " تجـوز كفالـة الكفيـل وفـى هـذه الحالـة لايجـوز للدائـن ان يرجـع علـى كفيـل الكفيـل قبـل رجوعـه علـى الكفيـل الا إذا كـان كفيـل الكفيـل متضامنـا مـع الكفيل " (١) .

---

(١) انظر المادة ٢/٧١٢ من المشروع الفرنسى الايطالى، والمادة ٨٣٦ مدنى اسبانى، والمادة ٨٥٦ من مرشد الحيران، وإنظر ايضا : خليل : ٤-١٤٥ ، والمجله : المادة ٦٤٥.

المطلب الثانى

دعوى الحلول

سبق أن تحدثنا عن الحلول فى علاقة الكفيل بالدائن. ونحن نتناوله هنا فى علاقة الكفيل بالمدين وبالملتزمين الآخرين.

رأينا أن الحلول فى باب الكفالة هو تطبيق للقواعد العامة فى الحلول الواردة ضمن نظرية الإلتزامات وان حلول الكفيل حلول قانونى.

فإذا قام الكفيل بالوفاء الى الدائن حل محل الدائن فى حقه ودعاواه ، ويصبح هو الدائن للمدين وللكفلاء الآخرين. فيرجع بما وفاه عليه أو عليهم ويكون حقه مضمونا بالضمانات الشخصية والعينية التى كانت تضمن حق الدائن .

ولان حق الدائن ينتقل هنا الى الكفيل، فإنه يجب مراعاة شروط إنتقال الإلتزام ، فلا يجوز أن يكون حق الدائن حقا احتماليا. ويكون الدائن ضامنا كونه صاحب الحق، ووجود الدين وقت الحلول ، وحقه فى التصرف فيه، كما يضمن وجود التوابع كالإمتيازات وغيرها من الحقوق التى كانت مرتبطة بالحق فى وقت الحلول.

ويحل الكفيل محل الدائن فى مواجهة المدين والملتزمين الآخرين ، سواء كانت الكفالة قد اعطيت لصالح المدين أو لصالح الدائن أو لصالحهما معا وسواء كان الكفيل كفيلا عاديا أو متضامنا، وسواء كان يتقاضى اجرا أم لا يتقاضى الأجر وسواء تمت الكفالة بعلم المدين أو دون علمه أو رغم معارضته (١) .

---

(١) اوبرى ورو : ج ٦ – فقرة ٢٧ – رقم ٢٣٣ – ص ٣٤٣ – ٣٤٤، السنهورى ج ١٠ – فقرة ٦٦ – ص ١٨١، جمال زكى ، فقرة ٦٨.

ولايلزم للرجوع بدعوى الحلول ان يكون الكفيل قد اخطر المدين قبل الوفاء بمطالبة الدائن ولا بعزمه على الوفاء. ويخضع الكفيل عند مطالبة المدين بدعوى الحلول لكل الدفوع التى كان للمدين ان يحتج بها على الدائن. فإذا كان للمدين دفع بالبطلان أو الإبطال أو الإنقضاء أو الفسخ كان له ان يحتج به على الكفيل . وهذا بخلاف رجوع الكفيل بالدعوى الشخصيةحيث لايكون للمدين ان يحتج بهذه الدفوع على الكفيل الأ إذا كان الكفيل قد وفى الدين دون أن يخطر المدين بمطالبة الدائن اياه. وإذا كان اجل الدين لم يحل ، كان للمدين ان يتمسك امام الكفيل بعدم حلول اجل الدين. وإذا وفى الكفيل جزءا من الدين حل محل الدائن فى حدود هذا الجزء: ولايرجع الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين (المادة ٧٩٩ والمادة ١/٣٣٠).

ويرجع الكفيل على المدين فى دعوى الحلول بما وفاه للدائن ولايرجع بما نزل له الدائن عنه (١) ومن أمثلة هذه المصروفات العرض والايداع ومصاريف دعوى الرجوع على الكفيل والتعويض عما اصاب الكفيل من أضرار نتيجة الوفاء بالدين (٢) وتتخذ إجراءات نفاذ التأمينات العينية فى مواجهة الغير (بنقل حيازة المرهون رهن حيازة أو التأشير على هامش رهن رسمى بالحلول) وذلك عند الوفاء.

وكما يرجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول يرجع كذلك على الكفلاء الأخرين بهذه الدعوى ويكون رجوعه كذلك بما وفاه ، ويكون خاضعا للدفوع التى كان فى مقدورهم توجيهها إلى الدائن . وإذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين كان له أن يطالبهم بكل الدين بعد استنزال حصته منه . اما اذا كانوا غير متضامنين فله أن يطالب كلا منهم بحصته وبحصة المعسر منهم .

---

(١) جمال زكى: فقرة ٦٨.

(٢) السنهورى: ٦٧، إمام ٨٢ ، زكى : ٦٨.

الفصل الثالث

حوالة وإنقضاء الكفالة

المبحث الأول

حوالة الكفالة

حوالة الحق اما أن تنص على إنتقال الكفالة الضامنة لهذا الحق مع إنتقالـه، وبذلك تنتقل الكفالة.

وإما أن تنص على إستبعاد الكفالة فتنقضى ولا تنتقل معه. وإما أن تسكت عما يتعلق بالكفالة، فيفسر هـذا السكوت بـأن الكفالـة تنتقـل مـع الحوالـة (المـادة ٣٠٧ مدنى) وهى تقول:

" وتشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والإمتياز والرهن كما تعتبر شـاملة لما حل من فوائد وأقساط " . ومن ناحية أخـرى لا تنتقـل الكفالـة وحدهـا بحوالـة مستقلة وذلك لانها لا تمثل التزامـا اصليـا، بـل هـى تابعـة للإلـتزام الأصلـى فـلا يجوز أن يحيل الدائن حقه فـى مواجهـة الكفيـل دون ان يحيـل حقـه فـى مواجهـة المدين الأصلى .

المبحث الثانى

انقضاء الكفالة بالتبعية للدين الأصلى

وأهم طرق إنقضاء الديـن الأصلـى هـو الوفـاء، فـإذا وقـع الوفـاء صحيحـا مستوفيا لشروطه القانونية برئت ذمة المدين ، وبالتبعية: الكفيل.أما إذا كان الوفاء

غير صحيح فلا تبرا ذمة أى منهما، كما لو كان الدائن قد أفلس، وبدلا من الوفاء الى وكيل الدائنين (السنديك) قام المدين بالوفـاء الـى الدائـن نفسـه ، فمثل هذا الوفاء غير مبرىء للذمة ويعتبر كالوفاء عرض الدين على الدائن وإيداعه فى خزينة المحكمة . فإذا رفض الدائن الإيداع عند إعلانه بـه، كان للمدين أن يسحب الدين أو الشىء الذى أودعه، وفى هذه الحال يعود الدين من جديد مع الإمتيازات والرهون الرسمية التى كانت ملحقة بـه، ولا تـبرأ ذمـة المدينيـن المشتركين فى الدين ولا الكفلاء وتبقى هنا مشكلة يجب وضع حل لها قبل مغادرة هذه النقطة وهى أن المدين لايحق له سحب الشىء المودع فى حالتين هما: إذا أستصدر حكما حائزا لقوة الأمر المقضى فيه يقرر صحة العرض والإيداع ، أو حالة ما إذا صرح بتنازله عن حقه فى سحب الشىء الذى أودعه. والسؤال هو: هل فى هاتين الحالتين تبرأ ذمة الكفيل أم لا تبرأ إزاء إصرار الدائن على رفض الإيداع.

الرأى عندنا أنه فى حالة إستصدار حكم حائز لقوة الأمر المقضى فيه بصحة العرض والايداع، تبرا ذمة المدين ومعه الكفيل، اما حالة تنازل المدين عن حقه فى سحب الشىء المودع مع بقاء الدائن مصرا على رفض العرض والايداع، فلا تبرا ذمة المدين ولا ذمة الكفيل لانه لايوجد ما يؤكد كون العرض والإيداع صحيحين ، ولابد من إستصدار حكم نهائى يقرر صحتهما، فقد يسفر عرض الأمر على القضاء عن أحقية الدائن فى الرفض. والذى يبين لنا ما إذا كان الإيداع قد أجرى على الوجه الصحيح أم لا هو حكم القضاء الذى يفصل فى هذه المسألة.

ويمكن أن ينقضى الدين الأصلى بالوفاء بمقابل. فإذا وفى المدين بشىء غير المتفق عليه، وقبل الدائن هذا الوفاء كان وفاء بمقابل، ويمكن تحليل هذا الوفاء بمقابل الى تجديد ووفاء بنقل الملكية . أما إنه تجديد فهذا راجع الى أن المدين إستبدل بالدين الأصلى دينا جديدا فانقضى الدين السابق ومعه الكفالة التابعة له، ونشأ الدين الجديد وانقضى أيضا بنقل ملكية محله الى الدائن، وبذلك تبرا ذمة الكفيل، وإذا استحق الشىء الموفى به رجع الدائن على المدين بضمان الإستحقاق بإعتبار العملية بيعا يرتب هذا الضمان، ولا يرجع على الكفيل لان

الكفالة إنقضت مع الدين الأصلى القديم الذى لايمكن أن يعود الى الظهور . ومع ذلك فمن الجائز أن يشترط الدائن أن تبقى الكفالة مع الدين الجديد فلا تبرأ ذمة الكفيل .

أما إذا كان الشيء الذى إستحق فى حالة وفاء للدين ، فإن الكفيل لاتبرأ ذمته أمام الدائن إذا رجع على الدائن بالاستحقاق ويستوى فى كل ما تقدم الكفيل المتضامن والعادى(١).

وقد ينقضى الدين الأصلى بالتجديد ، فتنقضى الكفالة كذلك سواء كان التجديد بتغيير الدين أو المدين أو الدائن، الا إذا قبل الكفلاء أن يكفلوا الدين الجديد . ولكن إذا اشترط الدائن لتجديد الإلتزام أن يبقى الكفلاء ضامنين له ، ولم يقبل الكفلاء ذلك فإن الدين القديم يبقى قائما ولا ينقضى.

وقد ينقضى الدين الأصلى بالمقاصة بينه وبين دين للمدين فى ذمة الدائن وتنقضى الكفالة عندئذ، بل إن الكفيل يستطيع أن يتمسك هو بهذه المقاصة ولو كان المدين قد نزل عن التمسك بها. وللكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين دين له على الدائن وبين الدين الأصلى. وإذا انقضى الإلتزام الأصلى بإتحاد الذمة فى شخص المدين إنقضت كذلك الكفالة، وإذا زال إتحاد الذمة بزوال سببه عاد الدين الى الظهور وتظهر معه الكفالة من جديد. وإذا كان مع المدين ورثة آخرون برئت ذمة الكفيل فى حدود حصة المدين فيما ورثه عن الدائن من الدين . أما إتحاد الذمة بين الدائن والكفيل فلا يبرىء ذمة المدين الأصلى ، أما إذا كان إتحاذ الذمة قد وقع بين المدين الأصلى وبين الكفيل سواء فى شخص الكفيل أو فى شخص المدين ، فإن ذلك ينهى الكفالة ويبقى الإلتزام الأصلى قائما مستحقا أما على الكفيل إن اتحدت الذمة فى شخصه أو على المدين أن إتحدت فى شخصه. ويبقى للدائن الى جانب ذلك حق الرجوع على الكفيل وحق الإفادة من الضمانات التى حصل عليها لضمان الوفاء بالتزام الكفيل .

وإذا انقضى الدين الأصلى بالتقادم انقضى كذلك الإلتزام التابع وهو الكفالة، وإذا انقطع التقادم بالنسبة الى المدين انقطع بالنسبة للكفيل .

وإذا انقضى الإلتزام الأصلى بالإبراء برئت ذمة الكفيل مع المدين وإذا انصب الأبراء على جزء من الدين برئت ذمة الكفيل فى حدود هذاالجزء.

أما الإبراء الحاصل من الدائن للكفيل فلا يبرىء ذمة المدين . وإذا إستحال تنفيذ الإلتزام الأصلى لسبب أجنبى لايد للمدين فيه برئت ذمة الكفيل من الكفالة مع براءة ذمة المدين، أما إذا كانت الإستحالة بخطأ المدين فإن ذمة المدين لا تبرأ بل يصبح ملتزما بالتعويض عن خطأه ويظل الكفيل ملتزما بضمان هذا التعويض .

وإذا إنقضى الإلتزام الأصلى بالفسخ فإن كان سبب الفسخ خطأ المدين لم تبرأ ذمته ولا ذمة كفيله ، أما إذا كان سبب الفسخ راجعا الى خطأ الدائن فإن ذمة الكفيل تبرأ من الكفالة .

وإذا أبطل الإلتزام الأصلى وزال الدين الأصلى بأثر رجعى زالت الكفالة بأثر رجعى . وفى حالة الإقالة الإختيارية تبرأ ذمة المدين بإتفاقه مع الدائن وبالتالى تبرأ ذمة الكفيل .

هكذا نجد الكفالة تابعة للدين الأصلى كظله ، تبقى ببقائه وتزول بزواله ولا تنفصم عنه الا إذا إنفصم ظل الشىء عنه.

المبحث الثالث

إنقضاء الكفالة استقلالا عن الدين الأصلى

ينقضى التزام الكفيل استقلالا عن الإلتزام الأصلى إذا سرى التقادم بالنسبة له واكتمل قبل الإلتزام الأصلى وقد رأينا أن قطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلى يقطعه كذلك بالنسبة للكفيل .

وقد تنقضى الكفالة بإبراء الدائن للكفيل أو بإتحاد الذمة فى شخص الكفيل ومع ذلك يبقى الإلتزام الأصلى قائما فى ذمة المدين، وقد يكون التزام الكفيل معلقا على شرط واقف هو أن يقوم المدين بإستخدام الدين فى نشاط معين، فإذا تخلف هذا الشرط لم ينشأ التزام الكفيل. أو يكون التزامه معلقا على شرط فاسخ هو عدم قيام المدين بنشاط معين فإذا تحقق الشرط الفاسخ وقام المدين بهذا النشاط إنفسخ التزام الكفيل وبرئت ذمته، ولكن الدين الأصلى لايزول بل يبقى على عاتق المدين .

الفصل الرابع

كفالة الحضور

كفالة الحضور تقليد قديم كان يستخدم عندما يكون شخص مطلوبا للمثول امام القضاء أو عندما يخشى الدائن فراره وإختفاءه فلا يستطيع أن يقتضى منه الدين(١) . وبدلا من أن يتقدم شخص ليكفل الدين ماليا، يتقدم ليكفل المدين أو الشخص المطلوب للقضاء متعهدا بواسطة نفوذه لديه ومكانته عنده أن يحمله على الحضور الى الدائن أو الى مجلس القضاء. ولايزال هذا التقليد مستخدما فى المسائل الجنائية عندما تفرج النيابة العامة عن متهم مقابل تقديم ضامن شخصى يكفل حضوره أمام المحكمة لمحاكمته، أو أمام النيابة وقت طلبها ويبين القانون الجنائى أحكامها.

أما فى المسائل المدنية فلم يأخذ بها القانون المصرى ولكن من التشريعات التى نقلتها عن الشريعة الإسلامية تقنين الإلتزامات فى المغرب(٢).

---

(١) جمهور الفقهاء يقولون بجواز هذه الكفالة إذا كانت بسبب المال. وحكى عن الشافعى فى الجديد انها لاتجوز إستنادا الى قوله تعالى:" معاذ الله أن نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده" أما حجة من يجيزونها فهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم" الزعيم غارم" وانها مروية عن الصدر الأول، إنظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج ٢ - ص ٣٧٩ طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة تصحيح عبد الحليم محمد عبد الحليم وعبد الرحمن حسن محمود .

(٢) ينص الفصل ١١٦١ من تقنين الإلتزامات والعقود بالمغرب على أن " كفالة الحضور" تعهد بمقتضاه يلتزم شخص بأن يحضر شخصا آخر امام القضاء أو بأن يحضره عند حلول أجل الإلتزام أو عند الحاجة". وأنظر ايضا: المادة ١٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى، والمادة ١١٤ و ١٢٠ اجراءات جنائية فرنسى، والمواد ٦٤٢ ، ٦٦٣ من المجله، والمواد ٨٤٨- ٨٥١ من مرشد الحيران، وانظر ايضا ابن عاصم: ٢٦٦، التاودى والتسولى ١- ٢٠٢ ، خليل ٤-١٥٤ ، ابن سلمون ٢-٢٢٥، ابن نجيم ١-٣٣٧، الدر المختار ٤-٣٥٥.

وقد إشترط هذا القانون فى رضى كفيل الحضور(أو كفيل الوجه أو كفيل البدن) كما يسمى فى الفقه الإسلامى أن يكون صريحا، أما رضى الدائن أو السلطة القضائية فيكفى أن يكون ضمنيا. ويجب ان تتوافر فى كفيل الحضور أهلية التبرع وذلك بأن يكون بالغا سن الرشد غير محجور عليه لعارض من عوارض الأهلية (الفصلان ١١٦٢، ١١٦٣) .

وينصب تعهد كفيل الحضور على إحضار المكفول فى المكان المحدد فى الإتفاق، فإذا لم يحدد فى الإتفاق مكان الإحضار فسر هذا على أن المقصود هو إخطاره فى مكان إبرام العقد(الفصل ١١٦٤) . فإذا حضر المكفول من تلقاء نفسه فى الموعد المحدد والمكان المحدد ولو بسبب آخر وعلم الدائن بذلك أو مات قبل هذا الموعد أو احضره الكفيل فى الموعد والمكان المتفق عليهما برئت ذمة الكفيل ولا يغنى عن الحضور أو الإحضار فى الموعد احضاره قبل اليوم المعين (الفصل ١١٦٥و ١١٦٦و ١١٦٨).

ويترتب على عدم إحضار المكفول أن يلتزم الكفيل بأداء الدين الأصلى أى أنه يعتبر كفيلا للوجه والمال. ولكن يجب أن يحصل الدائن على سند تنفيذى يقوم بواسطته بالتنفيذ على الكفيل. فإذا صدر حكم بالزام الكفيل بالدين ظل الكفيل ملتزما ولو حضر المكفول نفسه بعد ذلك. أما إذا حضر المكفول ولم يكن قد صدر بعد حكم ضد الكفيل فإن ذمة الكفيل تبرأ بحضور المكفول وإذا أعسر المكفول أو أشهر إفلاسه برئت ذمة الكفيل (الفصل ١١٦٨).

وإذا صدر الحكم بالزام الكفيل بالدين كان للكفيل الحق فى أن يطلب الى المحكمة إقالته من الدين وإلغاء هذاالحكم إذا أثبت أن المكفول توفى أو أعسر يوم صدور الحكم وإذا كان الكفيل قد وفى بالدين كان له أن يسترد ماوفاه للدائن (الفصل ١١٦٩).

وإذا عرضت قوة قاهرة تحول بين كفيل الحضور وبين تنفيذ التزامه فإنه يبرأ من الإحضار ومن الدين . وهذا مستفاد من الآيه الكريمة : " **قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتننى به إلا أن يحاط بكم** " سورة يوسف :

آيه ٦٦، ومعنى يحاط بهم أن تقوم قوة قاهرة تمنعهم من إحضاره، فهم ملتزمون بالإحضار الا أن يتعرضوا لمثل هذه القوة القاهرة.

التكييف القانوني لكفالة الحضور : كفالة الحضور نظام من نظم الفقه الإسلامى المعروفة، ولو أنه فى هذا العصر غير منتشر فى المسائل المدنية ولكن إذا أردنا تحليل هذا النظام تحليلا فقهيا فى ضوء أحكام القانون المدنى فإننا نراه يتكون من تعهد عن الغير يتضمن التزاما بحمل هذا الغير على القيام بعمل معين، هو الحضور فى يوم ومكان معينين. فإذا نجح فى إقناع الغير بأن يقوم بهذا العمل برئت ذمته وإن أخفق فى ذلك التزم هو بأن يؤدى ما على هذاالغير من دين. ولما كان الالتزام المتعهد عن الغير التزاما أصليا، فإن التزام كفيل الحضور هنا لا يكون التزاما تابعا، بل هو التزام اصلى فيما يتعلق بإحضار المدين. ويمكن أيضا أن يقال ان الكفيل التزم بالتزام بدلى: فهناك التزام اصلى هو إحضار المدين، فإن لم يرد أو لم يستطع تنفيذه كان عليه أن يقوم بالبديل وهو أداء الدين عن هذاالمدين.

وغنى عن اليان أنه إذا ادى الدين عن المدين كان له أن يرجع عليه بما أداه وبالمصروفات سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

وليس لكفيل الحضور ان يقوم بعمل مخالف للقانون من اجل إحضار المكفول فليس له أن يقبض عليه أو يعتقله أو يوثقه ويقوم بنقله الى المكان المطلوب، لان هذه الاعمال تقع تحت طائلة قانون العقوبات وكل ما له هو أن يحمله على الحضور بوسائل الإقناع أو بوسائل الضغط القانونية. كأن يهدده بعدم تقديم مساعدة اليه أو بعدم تنفيذ التزام عليه أو بغير ذلك مما لايتعارض مع القانون .

القسم الخامس

عقود الغرر
(المرتب مدى الحياة
وعقود المقامرة والرهان)

الباب الأول

المرتب مدى الحياة

المرتب مدى الحياة مبلغ يدفع اقساطا دورية لشخص طوال حياته أو طوال حياة شخص آخر. وقد سبق أن فرقنا بينه وبين الدخل الدائم فهما يتفقان فى أن كلا منهما قد يكون بعقد أو وصية، وقد يكون العقد من عقود التبرع أو من عقود المعاوضة ويختلفان فى أن المرتب مدى الحياة لا ينتقل الا ورثة الدائن أما الدخل الدائم فيورث والمرتب مدى الحياة غير قابل للإستبدال الا إذا إشترط فى إتفاق خاص ، أما الدخل الدائم فيجب دائما أن يكون قابلا للإستبدال منعا من تأبيده. والمرتب مدى الحياة يمكن أن يكون المدين فيه شخصا طبيعيا أو معنويا غالبا ما يكون شركة تأمين. أما الدخل الدائم فالغالب فيه أن يكون المدين شخصا معنويا لانه دخل يستمر الى أبعد من حياة المدين إذا كان شخصا طبيعيا. والمرتب مدى الحياة يجوز أن يزيد على معدل الفوائد القانونية أو الاتفاقية لأن جزءا منه يعتبر فائدة والباقى مقابل إستهلاك رأس المال. أم الدخل الدائم فلا يزيد عن سعر الفائدة لأنه كله فائدة لرأس المال. والمرتب مدى الحياة يكون بعقد شكلى اى مكتوب كتابه رسمية أو عرفية حسبما إذا كان هبة أو عقدا آخر ، اما الدخل الدائم فلم تشترط فيه شكلية فلا يخضع للشكل إلا إذا كان فى صورة عقد يستوجب ذلك .

وقد كان المرتب مدى الحياة فى التقنين القديم عقدا رضائيا لاشكليا.

أركان المرتب:

أولا التراضى : ينشا المرتب مدى الحياة من عقد معاوضة إذا قدم شخص لاخر عقارا أو منقولا مقابل أن يدفع له مرتبا مدى حياته يزيد عادة عن السعر الجارى للفائدة وهذا العقد غالبا ما يكون بيعا أو قرضا وهو يقصد بذلك أن يستفيد بهذا العائد المجزى ويكون هؤلاء الورثة عادة أغنياء لاينتظرون عائدا أو من ذوى القرابة البعيدة أو تقطعت الأواصر بينهم وبين صاحب الراتب. وقد ينشأ المرتب مدى الحياة من تصرف تبرعى مثل الهبة والوصية ويحدث ذلك عندما يريد شخص ان يهيىء مصدر دخل لزوجته أو اولاده من بعده.

ويتميز المرتب مدى الحياة بأنه من التصرفات الأحتمالية لانه يرتبط بحياة صاحب المرتب وينتهى بوفاته ولذلك يعتبر من عقود الغرر لأن أحد الأداءين لايمكن مقدما معرفة مقداره. وعنصر الإحتمال هو سبب التصرف فى الفقه الفرنسى اذ بدونه يكون العقد باطلا لانعدام السبب . أما عند الدكتور السنهورى فإن الإحتمال هو محل الإلتزام وبدونه يكون باطلا لانعدام المحل (١).

وتنص المادة ٧٤١ مدنى على انه:

" ١-يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدى الى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض".

"٢- ويكون هذا الإلتزام بعقد أو بوصية ".

وإذا كان المرتب مدى الحياة بعقد بيع بإنه تشترط فيه أهلية التصرف لدى البائع والمشترى وتنطبق عليه أحكام عيوب الإرادة وإنتقال الملكية وضمان الإستحقاق والعيوب الخفية ويكون الثمن (أى المرتب) مضمونا بإمتياز البائع . ولايجوز أن يقل الثمن (اى المرتب) عن ريع العين اذ يعتبر ثمنا تافها لاينعقد به العقد ، ولكن قد تتوافر فى العقد اركان الهبة فيعتبر هبة بعوض .

---

(١) السنهورى: الوسيط - ج ٧ - المجلد الثانى- فقرة ٥٢٩ ص ١٠٦٢- ١٠٦٣.

وإذا كان البيع بإيراد يعادل الريع الحالى للمبيع وكان الريع عرضة للنقصان فقبل البائع القسط الموازى للريع ليؤمن نفسه من ظروف الإنخفاض فإن الثمن يعتبر بخسا ولكنه ينعقد به العقد لكونه جديا.

وإذا كان المرتب فى صورة قرض فإنه يخضع لأحكام عقد القرض فيما يتعلق بالأهلية وعيوب الإرادة وغير ذلك. ولايجوز لأى من الطرفين أن يطعن فى القرض بالربا الفاحش، لأن الزيادة فى قيمة القسط هى مقابل الفائدة وإستهلاك جزء من رأس المال والزيادة فى عمر صاحب الراتب وضع طبيعى نتيجة لعنصر الإحتمال فقد كان يمكن الا يعيش الا فترة قصيرة ولا يدفع المدين بالراتب الا مبلغا يسيرا وهذه هى طبيعة الإحتمال فى العقد.

وإذا كان المرتب نتيجة تبرع فى هبة أو وصية فإن أحكام الأهلية وعيوب الإرادة تسرى عليها.

ويمكن أن ينشا المرتب مدى الحياة عن غير طريق التصرف القانونى (العقد أو الوصية) فقد ينشا من واقعة مادية كما يحصل فى تعويض إصابات العمل براتب مدى حياة العامل ، وقد ينتج عن المسئولية التقصيرية كما لو كان تعويض الضرر فى صورة مرتب مدى حياة المضرور.

والكتابة – رسمية أو عرفية – مشترطة فى المرتب مدى الحياة للإنعقاد لا للإثبات فحسب ، فيقع التصرف باطلا بدونها حتى وإن أقر به الخصم أو نكل عن يمين وجهت اليه.

ثانيا : المحل : تنص المادة ٧٤٢ مدنى على أنه:

"١– يجوز أن يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له أو مدى حياة الملتزم أو مدى حياة شخص آخر.

"٢– ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك"

الأصل فى المرتب مدى الحياة أن يكون إذن لمدة حياة صاحب الراتب، وقد يتعدد اصحاب الراتب ، فيلتزم المدين مثلا لزوجين ، وفى هذه الحالة اما أن يكون التزامه لهما مع الأيلولة أو بدون ايلولة، اى انه إذا مات احد الزوجين آل نصيبه الى الزوج الحى حتى يموت هو ايضا فينتهى الراتب، وهذا هو الأصل. وقد يشترط فى العقد عدم الأيلولة أى انه بوفاة أحد المستحقين ينتهى ما كان يحصل عليه من راتب ويبقى للمستحق الآخر نصيبه فقط فتظهر الصورة كما لو كان هناك راتبان لكل مستحق راتب . وإذا توفى المدين بالراتب التزم ورثته بأدائه للمستحق بقية حياته.

وقد يكون الراتب مدى حياة الملتزم اذا نص على ذلك فيه. مثال ذلك أن يكافئ المخدوم الخادم براتب مدى حياة المخدوم ، فإذا مات الخادم أثناء حياة المخدوم أدى الراتب الى ورثة الخادم . وقد يكون الراتب لاقصر الحياتين أو لأطول الحياتين : حياة الملتزم أو حياة الملتزم له.

وقد يكون الراتب مدى حياة شخص ثالث فتكون حياته موضع إعتبار الأطراف فى العقد ولكن لايلتفت الى إرادة هذا الشخص من حيث توافر الأهلية أو السلامة من عيوب الإرادة لانه ليس طرفا فى العقد وإن كان محل العقد يقوم على وجوده حيا. مثال ذلك أن يقرر شخص لابن شقيقه راتبا مدى حياة شقيقه ليعينه على الإنفاق عليه ، أو يقرر لفقير راتبا مدى حياة شخص غنى إذا كان هذا الفقير يرث ميراثا طيبا من الغنى فيبرر ذلك قطع الراتب عنه بعد أن يرث . وإذا مات المستحق إنتقل الحق الى ورثته الى أن يموت الشخص الثالث. وإذا مات الملتزم قبل الشخص الثالث إنتقل الإلتزام بالمرتب الى ورثته لمدة هى بقية عمر الشخص الثالث. وإذا مات المستحق والملتزم ادى ورثة الثانى لورثة الأول الراتب حتى وفاة الشخص الثالث(١).

والأصل أن يكون المرتب نقودا، ومع ذلك يمكن أن يكون من أشياء أخرى مثل تقديم المأوى والطعام والكساء والعلاج للمستحق ويسمى هذا عقد الإيواء كما

---

(١) الأعمال التحضيرية - ج٥ - ص ٣٠٩.

يحدث فى إيواء الطاعنين فى السن. وإذا كان المرتب يمكن أن ينشا من بيع فإنه هنا يشبه المقايضه ويختلف عنها فى أن المقابل ليس نقل ملكية شىء بل التزام بعمل شىء وتسرى عليه أحكام المرتب فيما يتفق مع طبيعته.

وتكون أقساط المرتب عادة متساوية وغالبا ما تكون سنوية وقد تكون شهرية أو فصلية أو غير ذلك. وإذا كان الراتب بعقد معاوضة حدد مقدار القسط فى العقد، وإذا كان الملتزم شركة تأمين فإنها تقدر القسط بناء على الفائدة ومبلغ يمثل إستهلاك رأس المال مدة حياة المستحق التى تحسب طبقا لعمره الحالى وحالته الصحيه ومهنته وما تتوقعه من العوامل التى قد تكون سببا لطول أو قصر الحياة وطبقا لجداول الوفيات.

وإذا كان المرتب مقررا مدى حياة شخص إتضح أنه متوفى وقت إنشاء المرتب كان باطلا. أما إذا تقرر المرتب لمدة معينة لم يكن مرتبا مدى الحياة ولايعتبر عقدا إحتماليا من عقود الغرر بل يكون عقدا محددا بيعا أو قرضا أو هبة أو وصية أو غير ذلك.

تنفيذ الإلتزام باداء المرتب :

تنص المادة ٧٤٠ مدنى على أن:

"١-لايكون للمستحق حق فى المرتب الا عن الأيام التى عاشها من قرر المرتب مدى حياته.

"٢- على أنه إذا اشترط الدفع مقدما كان للمستحق حق فى القسط الذى حل " يعتبر المرتب مكتسبا يوما بيوم مدى حياة من ربط بحياته . ويبدا من وقت إتمام العقد أو من وقت وفاة الموصى إن تقرر المرتب بوصية . وقد يتفق على أن يبدا أداء الراتب من وقت نقل ملكية راس المال الى الملتزم . ويستمر آداء أقساط المرتب للمستحق حتى اليوم الذى يتوفى فيه من ربط المرتب بحياته. وغالبا مايشترط آداء الأقساط مقدما لأن المستحق سوف يتعيش منها، وإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان آداء القسط فى نهاية فترته.

والقسط المستحق فى بداية الفترة (فى اول السنه إن كان سنويا) يستحق القسط ولو مات الشخص الذى ربط بحياته المرتب خلال السنة ولايرد منه شىء مالم يتفق على أن المرتب لايكون مستحقا الا بقدر الأيام التى عاشها من تقرر المرتب مدى حياته(١). وعلى المستحق عبء إثبات حياة من ربط المرتب بحياته فإذا كان هو نفسه المستحق كان عليه طبقا لرأى أن يقدم شهادة إثبات وجود على قيد الحياة بالطرق المعتادة(٢) ولكننا لانرى ذلك ونعتقد أنه يكفى أن تتحقق المحكمة من شخصية المستحق بوسائل إثبات الشخصية العادية.

والأصل فى المرتب انه قابل للحجز عليه من دائنى المستحق ويمكن لمستحق تحويله لغيره سواء فيما حل أو لم يحل بعد من أقساط وسواء كان قد تقرر المرتب معاوضة أو تبرعا. وقد استثنت المادة٧٤٤ مدنى حالة واحدة تقول فيها : " لايصح أن يشترط عدم جواز الحجز على المرتب الا إذا كان قد قرر على سبيل التبرع " والسب فى هذا أن المستحق لم يدفع شيئا من ماله فليس لدائنيه أن يتضرروا من كونه تلقى تبرعا اشترط عدم جواز الحجز عليه لمعيشته.

وإذا تخلف الملتزم عن تنفيذ التزامه بأداء المرتب فى مواعيده جاز للمستحق أن يطالب بالتنفيذ العينى سواء تقرر المرتب معاوضة أو تبرعا ، وان يطالب بتعويض الضرر الذى أصابه وإذا إستمر أو تكرر التخلف عن التنفيذ جاز الحكم بالحجز على أموال الملتزم وبيعها وإستخدام الحصيلة فى أداء الأقساط ، ويجب أن تكون الحصيلة مبلغا كافيا لاداء الأقساط بمعنى أن يكون رأس مال يكفى ريعه لدفع المرتب، وبعد وفاة المستحق بعود راس المال للملتزم المحجوز عليه.

وقيل أن المبلغ الكافى هو المبلغ الذى إذا دفع لشركة تأمين أدت مقابل الأقساط المطلوبة للمستحق.

---

(١) الأعمال التحضرية: ج ٥ – ص ٣١٤ – ٣١٥.

(٢) السنهورى: الوسيط – ٧ مجلد ٢– فقرة ٥٣٤

ويجوز أيضا طلب الفسخ لعدم التنفيذ إذا كان المرتب ناشئا عن عقد معاوضة . ونصت على ذلك المادة ٧٤٦ مدنى قائلة:

" إذا لم يقم المدين بالتزامه كان للمستحق ان يطلب تنفيذ العقد فإن كان العقد بعوض جاز له أيضا أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل ".

ومتى قضى بالفسخ فإن الحال تعاد الى ما كانت عليه قبل التعاقد، بأن يرد المستحق الإقساط وفوائدها القانونية من وقت قبض كل قسط ، ويرد الملتزم راس المال وفوائده القانونية من وقت تسلمه إياه أو يرد العين التى نقلت ملكيتها اليه مع الريع الذى حصل عليه أو كان يجب أن يحصل عليه ويمكن إجراء المقاصه فى الفوائد ويرد الفرق بينها(١).

(١) السنهورى: الوسيط – ج ٧ – مجلد ٢ – الفقرات ٥٣٩ – ٥٤١.

الباب الثانى

عقد المقامرة والرهان

المقامرة : Le Jeu إتفاق بين شخصين أو أكثر على أن من يخسر منهم فى عمل من أعمال الحظ Jeux de Hasard أو من أعمال المهارة يدفع للآخرين مبلغ معينا أو يؤدى اليهم شيئا معينا.

أما الرهان Pari فمعناه أن يدعى كل من المتعاقدين على الرهان شيئا أو يتوقع حصول شىء ، ويتراهنان على أن من كان قوله أو حدسه كاذبا يؤدى الى الآخرين مبلغا معينا أو شيئا معينا.

والفرق بينهما أن المقامرة تقوم على لعبة أو عمل يقوم به كل طرف ، ويسعى الى تحقيق نتيجة لصالحه ليكسب المقامرة . أما الرهان ، فلا يقوم فيه أى من الطرفين بعمل إيجابى ، بل يقتصر على تحرى الحقيقة أو إنتظار النتيجة ، فإن كانت فى صالحه حسب قوله أو تخمينه فإنه يكسب الرهان .

وكلا المقامرة والرهان عمل يحرمه القانون ، لما فيه من كسب بلا عمل أو كسب مقابل عمل لاأهمية له ، ولما يؤدى اليه من المبالغة فى تقدير المقابل فى المقامرة أو الرهان ، الأمر الذى قد يفوق مقدرة المقامر أو المراهن فيؤدى به ذلك الى الخراب والدمار.

وتنص المادة ٧٣٩ مدنى على تحريم المقامرة والرهان بقولها:
"١- يكون باطلا كل إتفاق خاص بمقامرة أو رهان.

٢- ولمن خسر فى مقامرة أو رهان ان يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره - ولو كان هناك إتفاق يقضى بغير

ذلك – وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق " (١).

ويخلص من هذه النصوص أن المقامرة والرهان عقدان باطلان بطلانا مطلقا. والبطلان المطلق – تطبيقا للقواعد العامة – يتيح لكل طرف التمسك به، وهو يتعلق بالنظام العام فيجوز ابداؤه ولو لاول مرة أمام محكمة الإستئناف أو النقض ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون أن يتمسك به أحد من الأطراف، ومثل هذا العقد لاتصححه الإجازه . ويجوز التمسك بالبطلان الملطق سواء بطريق الدعوى أو بطريق الدفع ، وأساس البطلان هنا هو عدم مشروعية السبب وكونه مخالفا للأداب والنظام العام.

والبطلان يقع دون حاجة الى إثبات صدور غش من الطرف الأخر(٢).

ويقع أحيانا التحايل للإفلات من البطلان المطلق، وذلك عن طريق تجديد الدين بتغيير الدائن أو المدين أو الدين أو مصدر الدين ، ومثل هذا التجديد يكون أيضا باطلا بطلانا مطلقا، وإذا حصل الدائن من المدين فى دين المقامرة أو الرهان على إعتراف بالدين أو مصادقة عليه، أو سند يثبت هذا الدين أو ورقة تجارية لأمر الدائن أو للحامل أو حتى لأمر غير الدائن، فإن هذه الأوراق جميعها تمثل التزاما باطلا فتبطل هى أيضا، وللمدين أن يحتج بهذا البطلان تجاه الدائن وتجاه الغير الذى إنتقلت اليه وهو يعلم ببطلان العلاقة الأصليه أما إذا

---

(١) يقابل هذاالنص فى القوانين العربية الأخرى : المادة ٧٠٥ مدنى سورى (مطابقة) والمادة ٧٣٩ مدنى ليبى موافقة غير أنها لا تجيز إسترداد ما دفع طوعا الا لقاصر والمادة ٩٧٥ مدنى عراقى موافقة وجعلت مدة الإسترداد سنة واحدة. والمادتان ١٠٢٤و ١٠٢٦ موجبات لبنانى موافقة ولا تجيز الإسترداد لما دفع أختيارا ، والمواد ١٠٩٢ الى ١٠٩٥ من تقنين الإلتزامات المغربى موافقة. وإنظر أيضا: المادة ٩٦٥ مدنى فرنسى ، والمواد ٦١٩-٦٢٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى، والمواد ٦١٠- ٦١٢ من التقنين البولونى ، والمادة ٧٦٢- مدنى المانى ، والمادتان ١٧٩٨ ، ١٧٩٩ مدنى اسبانى ، وانظر أيضا: خليل ٤-٤٧٨ و ٥٦٦، الزرقانى ٥-٧٥الى ٧٧، ابن نجيم ٢-١٠٦، بنانى : ٥-٨٧ ، والدر المختار ٥ – ٣٥٦ ، ابن سلمون ١-٢١٥، ٢١٦، ابن عاصم ٧١٤.

(٢) عرفه : ص ٥٠٦.

كان لايعلم فلا يحتج عليه حينئذ بالبطلان وإنما يكون على المدين أن يفى بقيمة الورقة وأن يرجع بعد ذلك على الدائن بما وفاه ليسترده. ومن وسائل التحايل أيضا أن يتفق الطرفان على أن يكون الوفاء بمقابل أو أن يتصالحا صلحا على نحو معين، وكل هذه الوسائل أيضا باطلة وليس أقل منها شأنا فى البلطلان تقديم كفيل لدين المقامرة أو الرهان.

وإذا كان المقامر أو المراهن قد إقترض مبلغا من شخص آخر ليقامر به أو يراهن وكان المقرض يعلم بأن المقترض سوف يستخدم هذا المبلغ فى المقامرة أو المراهنة فإن المقترض يستطيع أن يتخلص من التزامه برد مبلغ القرض إذا هو تمسك بالدفع بالمقامرة.

وإذا كان المقامر أو المراهن قد أدى الدين فإنه يستطيع أن يسترده طبقا لأحكام دفع غير المستحق. وكذلك يستطيع إسترداد السند أو الورقة التجارية التى حررها بالدين مال تكن فى يد حامل حسن النية.

ومدة الإسترداد فى مصر ثلاث سنوات وجعلها القانون العراقى سنة واحدة ، ولم يجعل القانونان الليبى واللبنانى للمدين حقا فى إسترداد مادام قد دفع الدين عن طواعية وإختيار وهما فى هذا شبيهان بالقانون الفرنسى.

وثمة جزاء جنائى مقرر على من يقيم أو يصنع فى الشوراع أو الطرق أو الساحات أو الأماكن العامة بدون رخصة صحيحة العاب قمار أو يانصيب أو اية العاب قمار اخرى .

أستثناءات من تحريم المقامرة والرهان :

ينص التقنين المدنى المصرى فى المادة ٧٤٠ على أن:

"١- يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية، ولكن لقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه.

"٢ -ويستثنى أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب " (١) .

يتعلق الأمر هنا بنوعين من المعاملات التى يدخلها الغرر، وهما عمليات البورصة أو سوق الأوراق المالية أو سوق البضائع، وعمليات المراهنة على سباق الخيل وسباق الأشخاص واللعب. وفيما يلى بيان كل من هاتين المسألتين:

اولا : عمليات البورصة: يفرق بين نوعين من العقود التى تبرم فى بورصات البضائع أو الأوراق المالية: نوع يقصد فيه الطرفان إبرام بيوع حقيقة، ويقصدان تسليم البضائع والسندات محل التعامل ، ومثل هذا التعامل يعرف فيه كل قيمة ما أخذ وما أعطى ، ومن ثم لايدخل فيه الغرر، ولذلك إعتبره المشرع صحيحا وليس من قبيل المقامرة ولا الرهان ، أما النوع الثانى فهو بيع يقوم على المضاربة ومن ثم داخله الغرر، ولايقصد الطرفان فيه تسليم البضائع أو السندات التى يتعامل عليها معتمدا على أنها من المثليات المتوفرة فى السوق ويستطيع شراءها لو أراد فى أى وقت ، ومثل هذا الشخص يبيع مالايملك لا لذات البيع ولكن طمعا فى الفروق التى تنشا عن هذا التعامل ، فأسعار البضائع أو السندات التى يتعامل عليها عرضة للصعود والهبوط ، والبائع يضارب على الهبوط والمشترى يضارب على الصعود. فيتفق الطرفان على أن يبيع البائع مثلا مائة طن من صنف معين من البضائع بسعر الطن عشرة آلاف ، ولا يقع تسليم شىء من البضاعة للمشترى، ولكن فى اليوم المتفق عليه للتسليم قد يتحقق ماكان

(١) والمواد المقابله هى : المادة ٧٠٦مدنى سورى(مطابقة) والمادة ٩٧٦ مدنى عراقى (موافقة) والمادة ٧٤٠ مدنى ليبى تسمح بالمراهنة بين غير المتبارين على الألعاب الرياضية وتتفق مع النص المصرى فى باقى أحكامه، ولم يشر الى حق القاضى فى تخفيض قيمة الرهان المبالغ فيه. والمادتان ١٠٢٥ و ١٠٢٧موجبات لبنانى (موافقتان) وتسمح المادة ١٠٢٥ للقاضى برفض الدعوى إذا كانت القيمة فاحشة، والفصلان ١٠٩٦ و ١٠٩٧ من تقنين الإلتزامات والعقود المغربى.

وإنظر أيضا المادة ١٩٦٦ مدنى فرنسى ، والمادة ١٨٠٠ مدنى اسبانى والمادة ٧٦٤ مدنى المانى.

وانظر أيضا: الدر المختار ٥-٣٤٥ الى ٣٥٦.

البائع يضارب عليه ويهبط سعر البضاعة الى ثمانية آلاف ، وبدلا من أن يشترى البائع بثمانية آلاف ويسلم المشترى بعشرة آلاف، يكتفى الطرفان بإعطاء الفروق دون التسليم ، والفرق هو الفان فيكون مجموع المستحق للبائع ٢٠٠٠×١٠٠= ٢٠٠٠٠٠ يتقاضاها من المشترى، وإذا حصل العكس وتحقق ما ضارب عليه المشترى فزادت قيمة الطن الى عشرة الاف وخمسمائة فان المشترى لايتسلم البضاعة وانما يتقاضى فقط الفروق من البائع وهى ٥٠٠ × ١٠٠= ٥٠٠٠٠ . ومثل هذه العملية باطلة لانها قائمة على الغرر وهذه التفرقة مأخوذة من القانون الفرنسي حيث كان القضاء يسير عليها حتى صدر قانون ٢٨ مارس ١٨٨٥ فقضى عليها . وظلت محكمة النقض الفرنسية مصرة على عدم العودة الى التفرقة السابقة رغم محاولات بعض الأحكام الأخذ بها(١). وقد زالت هذه التفرقة أيضا فى القانون المصرى منذ دكريتو ٨ نوفمبر ١٩٩٠(٢) كذلك أباحت المادة ٧٤٠ مدنى ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب .

ثانيا: الألعاب الرياضية:

التى تتعلق بالمهارة والرياضة البدنية ومن امثلتها سباق الخيل وسباق الأشخاص والرماية والمباريات التى تجرى على الماء.

وتصح فيها المقامرة، وقد سماها المشرع رهانا من قبيل التجاوز – ولكن بين المتبارين انفسهم ، اما بين المتفرجين فلا يجوز الرهان، وتشمل الرياضة كل الألعاب البدنية مثل كرة القدم وكرة السلة وكرة الطاولة وكرة الماء والتنس والسباحة والتجديف والجرى والقفز وسباق الخيل والجولف والملاكمة والمصارعة والرماية وغيرها. ولكن لا تعتبر من الياضة التى تجوز فيها المقامرة الرياضة الفكرية(٣) أو الذهنية ، ولو لم يكن للحظ فيها مدخل مثل الشطرنج فلا تجوز المقامرة فيها . ومن باب اولى الألعاب التى تقوم على الحظ

---

(١) اوبرى ورو: ج ٦ – فقرة ٣٨٦ رقم ٨٧ ص ١٢٦– ١٢٨.

(٢) السنهورى: الوسيط – ٦ – فقرة ٥١٥– ص ١٠٣٦– ١٠٤٠.

(٣) السنهورى: الوسيط – ج ٧ – الفقرات ٥٠٦– ٥٠٨ – ص ١٠١٩–– ١٠٢٣.

مثل العاب الورق (الكارته) أو على المهارة والحظ معا مثل الطاولة والدمينو، فهذه كلها لاتجوز المقامرة فيها بين اللاعبين ولا الرهان بين المتفرجين.

ولا يعتبر من قبيل المقامرة والرهان ما يمنح من جوائز للاعبين كالمكافآت والميداليات والكؤوس وغير ذلك من المزايا، فهى تنشا بإرادة منفردة بناء على وعد بجائزة لايخالف الآداب والنظام العام .

تم بحمد الله وتوفيقه

الفهرس

كتب وابحاث للمؤلف

اولا – المؤلفات

– نظريـة العقـد

– التأمينـات العينيـة

– موسوعة اعمال البنوك (ثلاثة اجزاء)

– شرح قانون سرية الحسابات فى البنوك

– الفائدة والربا تشريعيا وشرعيا

– اعداد رسائل الدكتوراة والابحاث القانونية

– منصة التحكيم التجارى الدولى

– دليل رجل الاعمال والتاجر بالمملكة العربية السعودية

– كتب للمؤلف كانت تدرس بجامعة محمد الخامس بالمغرب

– اصول القانون المدنى

الجزء الاول : الالتزامات (مجلدان)

الجزء الثانى: العقود المسماة

الجزء الثالث : الحقوق العينية الاصلية والتبعية

القانون التجارى (جزءان)

القانون الجوى

الاموال والمواريث والوصية

عقود التبرع (الهبة والوقف)

نظم الكراء بالمغرب

ثانيا: مؤلفات باللغة الانجليزية

-Spotlights on the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits

-Commercial Litigation in Saudi Arabia

-A legal practical guide for the businessman

رقم الإيداع : ١٨٧٥ / ٩٥
الترقيم الدولى : .I.S.B.N
7 - 8326 - 00 - 977

الذهبى
للطباعة
يسرى حسن إسماعيل
شارع عبد العزيز - الهدارة ٢ عابدين
ت ٣٩١٠٠٧٥